Die Pflichtverteidigung

Hartmut Schmidt

1963

DIE PFLICHTVERTEIDIGUNG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Hartmut S c h m i d t

München 1967

LEIDIG-DRUCK, 8000 München-25, Schöttlstr. 9, Tel. 772633

Referent: Professor Dr. jur. Dr. med. h. c. Karl ENGISCH
Korreferent: Professor Dr. jur. Reinhart MAURACH

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Juli 1967

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

"Es ist eine heilige Forderung der Gerechtigkeit, daß der dem juristisch durchgebildeten Anklagebeamten gegenüber fast wehrlose Angeklagte in allen Nicht-Bagatell-Fällen der Verteidigung nicht ermangele"

Binding

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546019_0021

INHALT

Seite

Vorwort 1

I. Hauptteil: GRUNDZÜGE DER VERTEIDIGUNG

1. Teil: Allgemeine Grundlagen der Verteidigung

§ 1 1. Abschnitt: Begriff und Arten der Verteidigung 3
§ 2 2. Abschnitt: Sinn und Bedeutung der Verteidigung 9
§ 3 3. Abschnitt: Die Notwendigkeit der Verteidigung 15
§ 4 4. Abschnitt: Die Stellung des Verteidigers 18
§ 5 5. Abschnitt: Aufgaben und Grenzen der Verteidigung 24

2. Teil: Überblick über die Geschichte der Verteidigung

§ 6 1. Abschnitt: Das römische Recht 27
§ 7 2. Abschnitt: Das kanonische Recht 30
§ 8 3. Abschnitt: Das französische Recht 31
§ 9 4. Abschnitt: Das englische Recht 32
§10 5. Abschnitt: Das österreichische Recht 34
§11 6. Abschnitt: Das italienische Recht 35
§12 7. Abschnitt: Das deutsche Recht

I. Das germanische und das mittelalterlich-deutsche Verfahren 36
II. Der Inquisitionsprozeß 38
III. Der reformierte deutsche Strafprozeß 42
IV. Die Reichsstrafprozeßordnung 44

Seite

II. Hauptteil: DIE PFLICHTVERTEIDIGUNG
1. Teil: Die Subsidiarität der Pflichtverteidigung

§ 13 1. Abschnitt: Die Bedeutung der Notwendigkeit der Verteidigung
I. Die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Verteidigers 47
II. Die Notwendigkeit der ständigen Mitwirkung eines Verteidigers in der Hauptverhandlung 50
III. Das Anwesenheitserfordernis bei dem Neueintritt eines Verteidigers während der Hauptverhandlung 56
IV. Das Anwesenheitserfordernis bei einem Verteidigerwechsel während der Hauptverhandlung 60
§ 14 2. Abschnitt: Das Verhältnis zwischen Wahl- und Pflichtverteidigung
I. Der Vorrang der Wahlverteidigung 66
II. Die zusätzliche Bestellung eines Pflichtverteidigers wegen der dem gewählten Verteidiger fehlenden rechtlichen Qualifikation 70
III. Die Fälle des § 145 StPO 72
IV. Sonstige Fälle der Bestellung eines Pflichtverteidigers trotz der Wahl eines Verteidigers 80
V. Die Bestellung eines Pflichtverteidigers neben einem Wahlverteidiger 84

Seite

2. Teil: Die Fälle der notwendigen Verteidigung

§ 15 1. Abschnitt: Die einzelnen Fälle des § 140 Abs. I

I. § 140 Abs. I Nr. 1 89
II. § 140 Abs. I Nr. 2 90
III. § 140 Abs. I Nr. 3 96
IV. § 140 Abs. I Nr. 4 97
V. § 140 Abs. I Nr. 5 98
VI. § 140 Abs. I Nr. 6 102
VII. § 140 Abs. I Nr. 7 103

§ 16 2. Abschnitt: Die notwendige Verteidigung nach § 140 Abs. II. StPO

I. Die Entscheidung des Vorsitzenden 104
II. Die Bestellung auf Antrag oder von Amts wegen 113
III. Die Voraussetzungen des § 140 Abs. II StPO 116

§ 17 3. Abschnitt: Sonstige Fälle der notwendigen Verteidigung

I. Die Regelung des § 81 Abs. II StPO 124
II. Die notwendige Verteidigung bei Untersuchungshaft und einstweiliger Unterbringung 125
III. Die notwendige Verteidigung nach dem JGG 127

3. Teil: Umfang und Dauer der Pflichtverteidigung

§ 18 1. Abschnitt: Der Umfang der Pflichtverteidigung

I. Der persönliche Umfang der notwendigen Verteidigung 131
II. Der sachliche Umfang der notwendigen Verteidigung 132
III. Der persönliche und sachliche Umfang der Pflichtverteidigung 133

Seite

§ 19 2. Abschnitt: Der Beginn der Pflichtverteidigung

I. Der Zeitpunkt der Verteidigerbestellung 134
II. Der Beginn der notwendigen Verteidigung und der Pflichtverteidigung 139

§ 20 3. Abschnitt: Die Dauer der Pflichtverteidigung

I. Die Bestellung für einzelne Teile des Vorverfahrens 143
II. Die Pflichtverteidigung während der Tatsacheninstanzen 144
III. Die Pflichtverteidigung während des Revisionsverfahrens 147
IV. Die Beschränkung der Verteidigerbestellung 149
V. Das Ende der Pflichtverteidigung 154
VI. Die Pflichtverteidigung nach der Rechtskraft des Urteils 157

§ 21 4. Abschnitt: Die Rücknahme der Bestellung

I. Die Rücknahme im Hinblick auf die Wahl eines Verteidigers 158
II. Die Rücknahme wegen Unfähigkeit des Verteidigers 159
III. Das Auswechseln des Pflichtverteidigers 161
IV. Die Rücknahme wegen fehlender Notwendigkeit 164
V. Art und Zeit der Rücknahme 165

§ 22 5. Abschnitt: Die Pflichtverteidigung in der Revisionsverhandlung

I. Der Meinungsstand bis zum Erlaß des StPÄG 168
II. Die Regelung des § 350 Abs. III StPO 170
III. Die Pflichtverteidigung in der Revisionsverhandlung im übrigen 177
IV. Die Dauer einer Bestellung für die Revisionsverhandlung 190

Seite

4. Teil: Die Person des Pflichtverteidigers

§ 23 1. Abschnitt: Der Personenkreis
I. Rechtsanwälte 191
II. Referendare 194
§ 24 2. Abschnitt: Die Auswahl des Pflichtverteidigers 200
I. Die Auswahl durch den Vorsitzenden 200
II. Die Einflußnahme des Beschuldigten auf die Auswahl 205
III. Die Übernahmepflicht des Rechtsanwalts 210
IV. Die Vertretung des Pflichtverteidigers 214

5. Teil: Das Verfahren

§ 25 1. Abschnitt: Die Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers
I. Die Zuständigkeit zur Entscheidung in den Fällen des § 140 StPO 220
II. Die Zuständigkeit zur Entscheidung in den sonstigen Fällen der notwendigen Verteidigung 228
III. Begründung und Bekanntmachung der Entscheidungen 235
§ 26 2. Abschnitt: Die Anfechtung der Entscheidungen
I. Die Beanstandung der Entscheidungen des Vorsitzenden 237
II. Die Beschwerde 238
III. Die Revision 248

LITERATURVERZEICHNIS

ABRAHAM, H.J. u.a.	Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Loseblattausgabe, Stand: Juni 1966, Hamburg (zit.: Bonner Komm.)
BENDER, Walter	Jugendgerichtsgesetz, Loseblatt-Erläuterungsbuch für die Praxis, Stand: 1.4.65, Berlin u. Frankfurt/M (zit.: Bender)
BENNECKE, Hans und BELING, Ernst	Lehrbuch des Deutschen Reichs -Strafprozeßrechts, 1900, Breslau (zit.: Beling)
BÖRKER, Rudolf	Aussetzung der Hauptverhandlung wegen Wechselns des notwendigen Verteidigers MDR 56, 578 f
BRUNNER, Heinrich	Deutsche Rechtsgeschichte, 1. Bd., 2. Aufl. 1906; 2. Bd., 2. Aufl., 1928 (neubearbeitet durch von Schwerin), Leipzig in: Binding, Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft II 1/1 und 2 (zit.: Brunner I und II)
BÜLOW, Arthur	Die Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1. August 1959, Erläuterungsbuch für die Praxis, 1959, Berlin-Lichterfelde und Frankfurt/M (zit.: Bülow)
CONRAD, Herrmann	Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 2. Aufl., Karlsruhe, 1962 (zit.: Conrad)
DAHS, Hans	Der Anwalt im Strafprozeß, Anw.Bl., 1959, 171 ff

DAHS, Hans, jr	Das rechtliche Gehör im Strafprozeß, 1965, München und Berlin (zit.: Dahs jr)
DALCKE, Albert - FUHRMANN, Ernst - SCHÄFER, Karl	Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl. 1961, Berlin (zit.: Dalcke)
DALLINGER, Wilhelm - LACKNER, Karl	Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1965, München-Berlin (zit.: Dallinger-Lackner)
DOHNA, Alexander Graf zu	Das Deutsche Strafprozeßrecht, 2. Aufl. 1925, Berlin (zit.: zu Dohna)
ENGISCH, Karl	Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl., 1959, Stuttgart (zit.: Engisch, Einführung)
ENGISCH, Karl	Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953, Heidelberg
ENGISCH, Karl	Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, in: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, S. 127 ff (zit.: Engisch, Mezger-Festschrift)
ENGISCH, Karl	Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1943, Heidelberg (zit.: Engisch, Studien)
EXNER, Franz	Strafverfahrensrecht, 1947, Berlin (zit.: Exner)
GAGE, Kurt, SARSTEDT, Werner	Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl., 1962, Essen (zit.: Gage-Sarstedt)
GAREISS, Friedrich-Carl	Der Verteidiger in seinem Verhältnis zum Beschuldigten, Diss., 1933, Coburg (zit.: Gareiß)

GLASER, Julius	Handbuch des Deutschen Strafprozesses, 2. Bd., 1885, Leipzig (zit.: Glaser)
GLEISPACH, Wenzel Graf von	Deutsches Strafverfahrensrecht, 1943, Berlin (zit.: von Gleispach)
GERLAND, Heinrich	Der Deutsche Strafprozeß, 1927, Mannheim (zit.: Gerland)
GRETHLEIN, Gerhard	Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1965, Berlin (zit.: Grethlein)
HAMANN, Andreas	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, 1956, Berlin-Neuwied-Darmstadt (zit.: Hamann)
HAFERLAND, Fritz	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verteidigers, 1929, Berlin (zit.: Haferland)
HENKEL, Heinrich	Strafverfahrensrecht, Ein Lehrbuch, 1953, Stuttgart und Köln (zit.: Henkel)
HOLTZENDORFF, Fr. von	Handbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Bd. 1, 1879, Berlin (zit.: von Holtzendorff I)
HORBER, Ernst	Die Rechtsstellung des Verteidigers im Strafprozeß in: Würzburger Abhandlungen zum deutschen u. ausländischen Prozeßrecht, Heft 29, 1933, Stuttgart und Leipzig (zit.: Horber)
KAISER, Eberhard Hrsg.	Leitfaden zur kleinen Strafprozeßreform, 1965, München-Frankfurt-Berlin (zit.: Leitfaden)

KALSBACH, Werner	Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 1960, Köln (zit.: Kalsbach, Komm.)
KAPPE	Ist die Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers gem. § 140 Abs. II StPO eine Ermessensentscheidung ? GA 1960, 357 ff
KAYSER, Paul	Die Strafgerichtsverfassung und das Strafverfahren des deutschen Reichs, 1879, Paderborn (zit.: Kayser)
KELLER, Adolf	Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich, 2. Aufl. 1882, Lahr (zit.: Keller)
KERN, Eduard	Gerichtsverfassungsrecht, Ein Studienbuch, 3. Aufl., 1959, München und Berlin (zit.: Kern GVG)
KERN, Eduard	Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch 6. Aufl., 1960, München und Berlin (zit.: Kern)
KLEINKNECHT, Theodor - MÜLLER, Herrmann - REITBERGER, Leonhard	Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs- und Ordnungswidrigkeitsgesetz, 1. Bd., 6. Aufl. Strafprozeßordnung, 1966, Darmstadt (zit.: KMR)
KREITMAIR, Jakob	Die notwendige Verteidigung und ihre Weiterentwicklung in den Entwürfen zur Strafprozeßordnung, Diss., 1930, Coburg (zit.: Kreitmair)
KRIES, August von	Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1892, Freiburg i. B. (zit.: von Kries)

KOHLHAAS, Max	Pflichtverteidigung in der Revisionsinstanz, NJW 1951, 179 ff
KUNKEL, Wolfgang	Römische Rechtsgeschichte, 4. Aufl., 1964, Köln-Graz (zit.: Kunkel RRG)
KUNKEL, Wolfgang	Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit in: Bayer. Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, Abhandlungen, Neue Folge, Heft 56, 1962, München (zit.: Kunkel, Untersuchungen)
LILIENTHAL, Karl von	Strafprozeßrecht, 1923, Berlin (zit.: von Lilienthal)
LÖWE, Ewald - ROSENBERG, Werner	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 1. Bd., 21. Aufl., 1963, Berlin (zit.: LR)
LUCKANOW, Jürgen	Der Mißbrauch der Verteidigerstellung im englischen und deutschen Strafprozeß, in: Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 9, 1953, Bonn (zit.: Luckanow)
MACK, Hans	Die Aufgaben der Verteidigung im Strafverfahren, Diss., 1948, München (zit.: Mack)
MAUNZ, Theodor, DÜRIG, Günter	Grundgesetz, Kommentar, Loseblattausgabe, Stand 1966 (Lieferung 1-8) Berlin-München (zit.: Maunz-Dürig)
MAURACH, Reinhart	Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., 1958, Bes. Teil, 2. Aufl., 1959, Karlsruhe (zit.: Maurach AT und BT)

MERKEL, Paul	Strafprozeß- und Strafvollzugsrecht, 1931, Berlin (zit.: Merkel)
MITTEIS, Heinrich	Deutsche Rechtsgeschichte, Ein Studienbuch, (neubearbeitet von Lieberich) 5. Aufl., 1958, München und Berlin (zit.: Mitteis)
MOMMSEN, Theodor	Römisches Strafrecht, 1899, Leipzig, in: Binding, Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft I 4 (zit.: Mommsen)
OSTLER, Fritz	Der Rechtsanwalt als Strafverteidiger, JR 1959, 121 ff
PETERS, Karl	Strafprozeß, Ein Lehrbuch, 2. Aufl., 1966, Karlsruhe (zit.: Peters)
PLANITZ, Hans	Deutsche Rechtsgeschichte (neubearbeitet von Eckardt), 2. Aufl., 1961, Graz-Köln (zit.: Planitz)
SCHMIDT, Eberhard	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl., 1964, Teil II, 1. Aufl., 1957, Göttingen (zit.: LK I und LK II)
SCHMIDT, Eberhard	Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2. Aufl., 1951, Göttingen (zit.: Eb. Schmidt, Einführung)
SCHMIDT, Hans-Wolfgang	Notwendige Verteidigung gem. § 140 Abs. II StPO, MDR 1958, 644 ff
SCHÖNKE, Adolf - SCHRÖDER, Horst	Strafgesetzbuch, Kommentar, 12. Aufl., 1965, München und Berlin (zit.: Schönke-Schröder)

SCHORN, Hubert	Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Text und Kommentar, 1965, Frankfurt/M (zit. : Schorn MRK)
SCHWARZ, Otto - DREHER, Eduard	Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 27. Aufl., 1965, München und Berlin (zit. : Schwarz StGB)
SCHWARZ, Otto - KLEINKNECHT, Theodor	Strafprozeßordnung, Kurzkommentar, 25. Aufl., 1965, München und Berlin (zit. : Schwarz StPO)
SCHWERIN, Claudius von	Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte (bearbeitet von Thieme), 4. Aufl., 1950, Berlin-München (zit. : von Schwerin)
STACKELBERG, Curt F. von	Der Anwalt im Strafprozeß, Anw. Bl. 1959, 190 ff
STENGLEIN, Melchior	Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1887, Stuttgart (zit. : Stenglein, Lehrb.)
STENGLEIN, Melchior	Kommentar zur Strafprozeßordnung, 3. Aufl., 1898, München (zit. : Stenglein, Komm.)
ULLMANN, Emanuel	Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1893, München (zit. Ullmann)
VARGHA, Julius	Die Verteidigung in Strafsachen, 1879, Wien (zit. Vargha)
WARDA, Günter	Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962, Köln-Berlin-Bonn-München (zit. Warda)
WIEBRINGHAUS, Hans	Die Rom-Konvention für Menschenrechte in der Praxis der Straßburger Menschenrechtskommission, 1959, Saarbrucken (zit. : Wiebringhaus, Rom-Konvention)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AöR	Archiv für öffentliches Recht
Anw. Bl.	Anwaltsblatt
bayAGGVG	bayerisches Gesetz zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 17. Nov. 56 (BayBS III S 3)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen, n.F.
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen, n.F.
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof; mit Zahlen VGH nF (zit. nach Bd. und Seite)
BGBL I, II, III	Bundesgesetzblatt, Teil I, II und III
BGH	Bundesgerichtshof; mit Zahlen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (zit. nach Bd. und Seite)
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1.8.1959 (BGBl I 565, III 303-8)
BT-Drucksache	Drucksache des Deutschen Bundestags (die römische Zahl bezeichnet die Wahlperiode)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zit. nach Bd. und Seite)
BVGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951 (BGBl I 243, III 1104-1)
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (zit. nach Jahr und Spalte)
DRiG	Deutsches Richtergesetz vom 8.9.1961 (BGBl I 1665, III 301-1)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (zit. nach Bd. und Spalte, ab 1950 nach Jahr und Seite)
DRpfl.	Der Deutsche Rechtspfleger
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift (zit. nach Jahr und Nr.)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EurKomMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht (zit. nach Bd. und Seite, ab 1953 nach Jahr und Seite)

GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949 (BGBl S. 1, III 100-1)
GS	Der Gerichtssaal (zit. nach Bd. und Seite)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (zit. nach Jahr und Nr.)
JGG	Jugendgerichtsgesetz vom 4. 8. 1953 (BGBl I 751, III 451-1)
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KMR	Kleinknecht-Müller-Reitberger
Komm.	Kommentar
LK I, II	Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I und II
LM	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Nachschlagewerk von Lindenmaier-Möhring
LR	Löwe-Rosenberg, 1. Bd. (LR zu 141 = LR zu §§ 141-143)
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (zit. nach Jahr und Spalte)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 11. 1950 (in Kraft gem. Zustimmungsgesetz vom 7. 8. 1952 (BGBl II 685, 953))
Nds. Rpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Recht	Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenverband (zit. nach Jahr und Spalte; ab 1935 Monatsbeilage der Deutschen Justiz, zit. nach Jahr und Nr.)
RG	Reichsgericht; mit Zahlen Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zit. nach Bd. und Seite)
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGR	Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (zit. nach Jahr und Spalte)
StGB	Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (RGBl S. 127; BGBl I 1083, III 450-2)

StPÄG	Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19. 12. 1964 (BGBl I 1067)
StPO	Strafprozeßordnung vom 1. 2. 1877 (RGBl. S. 253; BGBl I 1374, III 312-2)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zit. nach Bd. und Seite)

Soweit im Abkürzungsverzeichnis nicht ausdrücklich anders angegeben, sind Zeitschriften und Entscheidungssammlungen nach Jahr und Seite zitiert.

§§ ohne Gesetzesangabe sind solche der StPO.
Die Paragraphen sind in folgender Weise angeführt:

§ 40 S 1 bedeutet:	§ 40 Satz 1
§ 140 II bedeutet:	§ 140 Absatz 2
§ 143 I 2 bedeutet:	§ 143 Absatz 1 Satz 2
§ 140 I Nr. 2 bedeutet:	§ 140 Absatz 1 Nummer 2

VORWORT

Die erste Anregung zur näheren Beschäftigung mit der Pflichtverteidigung und damit zu der vorliegenden Arbeit gab ein in der "Stuttgarter Zeitung" (6.11.64, Nr. 258, S. 19) erschienener Artikel mit der Überschrift "Mißbrauch der Verteidigungsbefugnis ?" von Bundesanwalt Dr. Max Kohlhaas.

Der Artikel bezog sich auf Vorfälle in einem Stuttgarter Schwurgerichtsverfahren, das damals nach erfolgreicher Revision der Staatsanwaltschaft erneut durchgeführt werden sollte, dann aber zunächst vertagt werden mußte. Der seit Jahren in diesem Verfahren tätige Wahlverteidiger des Angeklagten hatte vor Verhandlungsbeginn eine Vertagung beantragt, da er durch die unvorhergesehen lange Dauer zweier anderer Schwurgerichtsverfahren - unter anderem des "Auschwitz-Prozesses", der nun bereits anstelle der zunächst angesetzten drei Monate schon über ein Jahr andauere und in dem er zwei Wahl- und drei Pflichtverteidigungen zu führen habe - teilweise an der Wahrnehmung der einzelnen Termine verhindert sein werde. Das Gericht hatte diesen Antrag zurückgewiesen und dem Angeklagten gleichzeitig einen Pflichtverteidiger bestellt, ohne ihn oder seinen Verteidiger auch nur zu fragen, was sie bei einer Ablehnung des Vertagungsantrags zu tun gedächten. Der Angeklagte, der bei Beginn der Hauptverhandlung dann mit seinem alten und einem weiteren, inzwischen zugezogenen Wahlverteidiger erschien, hatte sich daraufhin geweigert, mit dem ihm bestellten Pflichtverteidiger auch nur ein Wort zu reden, so daß dieser letztlich erklären mußte, er könne die Verteidigung nicht führen. Da der eine Wahlverteidiger teilweise verhindert, der andere nicht ausreichend vorbereitet war, mußte eine Aussetzung der Verhandlung erfolgen.

Kohlhaas vertrat nun in dem angeführten Artikel die Ansicht, der Angeklagte habe sich falsch verhalten; Da ein Beschuldigter kein Recht auf die Mitwirkung eines bestimmten Verteidigers habe, hätte sich der Angeklagte mit dem ihm bestellten Pflichtverteidiger begnügen müssen und nicht auf seinem Wahlverteidiger bestehen dürfen. Da ich der Auffassung war, ein Pflichtverteidiger könne grundsätzlich nur einem unverteidigten Beschuldigten bestellt werden, überraschte mich diese Ansicht, zumal in dem betreffenden Verfahren offensichtlich weder der Angeklagte noch sein Vertreter die Verhinderung verschuldet hatten und von einem Versuch, die Durchführung der Hauptverhandlung unmöglich zu machen, nicht die Rede sein konnte; dies allein hätte aber meiner Meinung nach die Ausschließung des Wahlverteidigers. auf die

die Ablehnung des Vertagungsantrags und die Bestellung des Pflichtverteidigers hinausliefen, rechtfertigen können.

Da ich mich damals mit dem Gebiet der Verteidigung jedoch nur am Rande befaßt hatte, beschäftigte ich mich in der folgenden Zeit näher damit, um meine Meinung zu überprüfen. Als kurz darauf das StPÄG wesentliche Neuerungen auf dem Gebiet der notwendigen Verteidigung brachte, stellte ich mir die Aufgabe einer Gesamtdarstellung dieses Gebiets, das für die Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren von großer Bedeutung ist.

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist das Gebiet der notwendigen Verteidigung, das möglichst vollständig dargestellt werden soll. Außer acht gelassen wurde lediglich die Kostenregelung, da sie von zweitrangiger Bedeutung ist. Bearbeitet wurde die Aufgabe in besonderer Blickrichtung auf die Pflichtverteidigung. Denn die Frage, wann und wem ein Pflichtverteidiger zu bestellen und wer als Pflichtverteidiger auszuwählen ist, ist die Kernfrage der notwendigen Verteidigung. Aus diesem Grunde wurde auch der Titel "Die Pflichtverteidigung" gewählt, zumal dieser Begriff weitaus verbreiteter ist als der der "notwendigen Verteidigung" und vielfach sogar zu Unrecht mit diesem verwechselt wird.

I. Hauptteil

GRUNDZÜGE DER VERTEIDIGUNG

1. Teil

ALLGEMEINE GRUNDLAGEN DER VERTEIDIGUNG

§ 1 1. Abschnitt: Begriff und Arten der Verteidigung

1) Das Wort "Verteidigung" ist mit der Entwicklung einer Rechtsprechung entstanden. Es ist aus dem althochdeutschen "tagading", das Gerichtsverhandlung bedeutete[1], über das mittelhochdeutsche "tagedinc" oder auch "teidinc" hervorgegangen. Die daraus abgeleiteten Worte "vertagedingen" und "verteidingen" wurden ursprünglich in dem Sinn "jemand vor Gericht laden" oder etwas später auch in der Bedeutung "eine gerichtliche Verhandlung, einen Prozeß zum Austrag bringen, eine Streitsache beilegen" gebraucht. Die Verwendung der Begriffe in diesem Sinn trat jedoch bald zurück und die Worte erhielten eine neue, vielschichtige Bedeutung, nämlich etwa "für eine Person oder Handlung eintreten, die Unschuld einer Person oder die Rechtmäßigkeit und Wahrheit einer Sache durch Worte beweisen, für einen als Fürsprecher auftreten, einen Rechtsstreit als Sachwalter führen, die Berechtigung einer Behauptung nachweisen, sich von einer Anklage, Beschuldigung, einem Verdacht reinigen, die Verantwortung für eine Handlung auf sich nehmen oder die eines anderen rechtfertigen usw."[2] Zunächst wurden die Begriffe dabei in diesem Sinn nur im Zusammenhang mit gerichtlichen Dingen verwendet, doch wurde der Bedeutungsumfang schon in mittelhochdeutscher Zeit auf außergerichtliche Handlungen erweitert.[3] "Verteidigen" bedeutet seit dieser Zeit allgemein "einen Angriff von sich oder einem anderen abwehren, für einen anderen ratend oder helfend eintreten".[4]

---

1) abgeleitet aus "tag" = "Gerichtstermin" und "ding" = "Verhandlung", vgl. Friedrich Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 18. Aufl., Berlin 1960, S. 820

2) Jakob und Wilhelm Grimm, Deutsches Wörterbuch, 12. Bd., 1. Abtl., Leipzig 1956, Sp. 1877, 1880

3) aaO Sp. 1878

4) Ähnlich Köhler GS 53, 161; Kreitmair S. 1

2) Auch im Strafverfahrensrecht bedeutet Verteidigung nichts anderes. Allerdings wird der Begriff in zwei verschiedenen Bedeutungen verwendet: Im weiteren Sinn versteht man unter Verteidigung jede Tätigkeit - sei es die des Beschuldigten selbst, sei es die eines Dritten - , die dazu dient, den in der Geltendmachung eines Strafanspruchs seitens des Staates liegenden Angriff[5] auf die Freiheit oder das Vermögen des Beschuldigten abzuwehren. [6] Man bezeichnet als Verteidigung aber auch nur einen Ausschnitt hieraus, nämlich allein die im Strafverfahren dem Schutz des Beschuldigten dienende Tätigkeit eines besonderen Prozeßbeistandes, des Verteidigers. In diesem engeren Sinn wird der Begriff im allgemeinen auch nur von der Strafprozeßordnung selbst verwendet.

3) Eine derartige Verteidigung durch ein besonderes Verteidigungsorgan ist nach dem geltenden Recht unbeschränkt zulässig. Der Beschuldigte ist berechtigt[7], sich in jedem Verfahren und in jeder Lage des Verfahrens, also bereits im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren und in der gerichtlichen Voruntersuchung, vor allem natürlich aber auch in dem Hauptverfahren, der Hilfe eines Verteidigers zu bedienen. Das Gesetz überläßt dabei

---

5) Als derartiger Angriff ist auch der im Privatklageverfahren geltend gemachte Strafanspruch anzusehen, ebenso der Unterbringungsanspruch im Sicherungsverfahren (§§ 429 a ff) und der Einziehungsanspruch im Einziehungsverfahren (§§ 430 ff), doch soll darauf nicht im einzelnen eingegangen werden, da sich hinsichtlich des Begriffs der Verteidigung insoweit keine Unterschiede ergeben.

6) Vielfach bezeichnet man die Verteidigung in diesem Sinn als materielle oder sachliche Verteidigung und setzt hierzu im Gegensatz die formelle oder förmliche Verteidigung, unter der man die Arbeit eines besonderen Verteidigungsorgans im Verfahren versteht. Abgesehen davon, ob man die der Entlastung des Beschuldigten dienende Tätigkeit des Gerichts und der Staatsanwaltschaft überhaupt als Verteidigung bezeichnen kann (kritisch dazu Köhler GS 53, 166 f, Kreitmair S. 3) und ob als materielle Verteidigung nicht nur lediglich die eigene Tätigkeit des Beschuldigten, seines Verteidigers und uU seines Beistandes (§ 149) zu verstehen ist, erscheint die Unterscheidung wenig sinnvoll, denn oft ist die formelle Verteidigung gleichzeitig auch die einzige materielle Verteidigung, zumindest aber immer deren Schwerpunkt. Zudem ergeben sich aus der Unterscheidung keinerlei Folgen (Für die Unterscheidung Kern StPO S. 69, Horber S. 1, Lukanow S. 21, dagegen LK II 2 vor § 137 mit weiteren Nachweisen).

7) § 137 Abs. 1: neben dem Beschuldigten kann auch sein gesetzlicher Fortsetzg. siehe Seite 5, unten.

dem Beschuldigten grundsätzlich, ob er von diesem Recht Gebrauch macht, sich also einen Verteidiger wählt, oder ob er auf die Ausübung dieses Rechts und damit auf die Zuziehung eines Verteidigers verzichtet. In einer erheblichen Anzahl besonderer Fälle erklärt das Gesetz jedoch die Verteidigung für notwendig, d.h., unter bestimmten Voraussetzungen muß ein Verteidiger an dem Verfahren mitwirken. Macht der Beschuldigte in einem derartigen Fall von seinem Recht zur Wahl eines Verteidigers keinen Gebrauch, muß das Gericht für die Verteidigung des Beschuldigten Sorge tragen, da das Verfahren dann ohne die Mitwirkung eines Verteidigers bei Vermeidung der Aufhebung des Urteils nicht durchgeführt werden kann. Innerhalb der Verteidigung sind also zunächst zwei Arten, die freiwillige und die notwendige Verteidigung, zu unterscheiden.[8]

Fortsetzg. der Fußnote 7) von Seite 4:
Vertreter einen Verteidiger wählen (§ 137 Abs. 2), im Jugendstrafverfahren zudem noch der Erziehungsberechtigte (§ 67 III JGG). Der Verfassungsausschuß von Herrenchiemsee hatte den Anspruch auf die Mitwirkung eines Verteidigers ursprünglich sogar im Grundgesetz verankern wollen, wie dies etwa in der Bayer. Verfassung in Art. 91 geschehen ist. Er hatte den Grundsatz des rechtlichen Gehörs in Art. 135 I normiert und als Abs. II angefügt "jeder Angeklagte kann sich eines Verteidigers bedienen". Mit Rücksicht auf die Regelung in der StPO wurde Abs. II später gestrichen (Vergl. Protokolle des Rechtsausschusses des Parlamentarischen Rates, 7. Sitzung vom 6.12.48, S. 134). Auch ohne ausdrückliche Regelung ist das Recht auf einen Verteidiger gewährleistet durch Art. 103 I GG (Vergl. Arndt NJW 60, 2040, Maunz-Dürig Anm. 78 zu Art. 103 GG). Heute ist es niedergelegt auch in Art. 6 III c) der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.50.

8) Die freiwillige Verteidigung wird z. T. auch als gewillkürte, fakultative oder zulässige Verteidigung bezeichnet (Vergl. etwa Kreitmair S. 4, Horber, S. 3, Mack S. 13, LR 3b vor § 137). Mack (S. 13 ff., insb. S. 17) lehnt eine Unterteilung der Verteidigung in einzelne Arten als auf in Wirklichkeit nicht vorhandene Wesensunterschiede hindeutend als inkorrekt ab. Zu dieser Ansicht kommt er jedoch nur, weil er, ausgehend von der Untersuchung der Aufgabenstellung der einzelnen Arten, völlig zu Recht feststellt, daß inhaltlich verschiedene Aufgabenkreise nicht gegeben sind, und weil er die in anderer Hinsicht bestehenden Unterschiede bei dieser isolierten Fragestellung nicht als Wesensunterschiede ansieht.

4) Zum Teil wird die Ansicht vertreten, zwischen beiden liege eine dritte Art der Verteidigung, die angeordnete Verteidigung, auch Sollverteidigung genannt.[9] Darunter faßt man die Fälle, in denen an sich grundsätzlich das Verfahren ohne Mitwirkung eines Verteidigers durchgeführt werden kann, in denen aber im Einzelfall dennoch seitens des Gerichts ein Verteidiger bestellt werden soll, weil auf Grund der besonderen Lage des Falles die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint.[10] Es handelt sich aber auch insoweit um echte Fälle der notwendigen Verteidigung. Denn notwendig im Sinne des Gesetzes ist die Verteidigung immer dann, wenn das Gericht verpflichtet ist, auf die Mitwirkung eines Verteidigers zu achten und, sofern der Beschuldigte selbst keinen Verteidiger hinzuzieht, ihm seinerseits einen solchen zu bestellen hat. Ob die Voraussetzungen dafür im Gesetz selbst ausdrücklich festgelegt sind oder ob es dem Gericht überlassen ist, über deren Vorliegen zu entscheiden, ist belanglos.[11]

5) Unnötig ist auch die innerhalb der notwendigen Verteidigung gemachte Unterscheidung zwischen unbedingt notwendiger und bedingt notwendiger Verteidigung,[12] wobei man von letzterer dann spricht, wenn die Notwendigkeit der Verteidigung nicht wie bei der unbedingt notwendigen Verteidigung unabhängig vom Willen des Beschuldigten gegeben ist, sondern erst durch einen Antrag des Beschuldigten auf Bestellung eines Verteidigers begründet wird.[13] Wenn es auch in derartigen Fällen grundsätzlich[14] im Belieben des Beschuldigten steht, ob er einen Verteidiger haben will, erscheint es unangebracht, zwei verschiedene Arten der notwendigen Verteidigung zu unterscheiden. Denn das Vorliegen eines entsprechenden Antrags ist lediglich als eine besondere Voraussetzung der Notwendigkeit der Verteidigung anzusehen. Es ist aber nicht sinnvoll, allein in den Unterschieden hinsichtlich der Voraussetzungen der Notwendigkeit ein Abgrenzungskriterium zu sehen; denn dies würde zu einer Unzahl Unterarten der Verteidigung führen, ohne daß eine derartige Unterscheidung eine wissenschaftliche oder praktische Bedeutung hätte. Es ist also daran festzuhalten, daß die StPO trotz der unterschiedlichen

9) Vergl. RG 70 317 ff (320), das aber Gleichheit der notwendigen und der angeordneten Verteidigung von der Bestellung an annimmt. S. a. von Kries S. 234 f, Kreitmair S. 5.

10) Fälle des § 140 II.

11) Vgl. unten § 16

12) Kreitmair S. 5, von Gleispach S. 100, von Holtzendorff I S. 395 f

13) Heute nur noch Fälle des § 350 III und 117 IV

14) Auch in diesen Fällen kann dem Beschuldigten ein Verteidiger bestellt werden nach § 140 II.

Voraussetzungen der Notwendigkeit der Verteidigung zunächst lediglich zwei Arten der Verteidigung, die freiwillige und die notwendige, kennt.

6) Zu Recht wird die Verteidigung dagegen weiter unterteilt in Wahl- und Pflichtverteidigung. Beide Begriffe sind der StPO, die nur von Verteidigung schlechthin spricht, unbekannt, werden aber dennoch sowohl im allgemeinen als auch im juristischen Sprachgebrauch gemeinhin verwendet[15], um auf die Art der Begründung der Verteidigerstellung hinzuweisen. Diese ist nach dem geltenden Recht in zweifacher Weise möglich: Einmal kann ein Verteidiger in sein Amt berufen werden durch die Wahl des Beschuldigten. Man spricht dann von Wahlverteidigung. Es sind dies alle Fälle der freiwilligen Verteidigung;[16] denn hier kann nur der Beschuldigte selbst einen Verteidiger berufen. Wird kein Verteidiger gewählt, findet das Verfahren ohne die Mitwirkung eines solchen statt. Wahlverteidigung kann aber ferner auch bei notwendiger Verteidigung gegeben sein, denn dem Beschuldigten steht es auch hier frei, sich selbst einen Verteidiger zu wählen. Macht dagegen bei notwendiger Verteidigung weder der Beschuldigte noch für ihn sein gesetzlicher Vertreter von der Möglichkeit Gebrauch, einen Verteidiger zu wählen, wird dem Beschuldigten durch das Gericht ein Verteidiger bestellt. In diesem Fall spricht man dann

---

15) Der Begriff Pflichtverteidigung ist daraus erklärbar, daß für den bestellten Verteidiger die Pflicht besteht, das übertragene Amt anzunehmen. Mitspielen mag dabei auch, daß der Beschuldigte verpflichtet ist, sich verteidigen zu lassen. Teilweise wird anstelle von Pflichtverteidigung auch der Ausdruck Offizialverteidigung verwendet (Vgl. etwa den Kommentar von Schwarz-Kleinknecht oder das Lehrbuch von Peters. In diesem Wort kommt besonders zum Ausdruck, daß die Verteidigerstellung durch einen amtlichen Akt begründet wird).
Im Anschluß an die Ausdrucksweise der StPO spricht man z. T. auch lediglich von bestellter Verteidigung (Vgl. etwa den Kommentar von Kleinknecht-Müller und das Studienbuch von Kern). Welcher Begriff vorzuziehen ist, soll hier nicht entschieden werden, ist wohl auch nicht zu entscheiden. Um überflüssige Verwirrung zu vermeiden, wäre es natürlich erfreulich, wenn man sich auf eine einheitliche Terminologie einigen könnte.
In der vorliegenden Arbeit wird in diesem Sinn ausschließlich der, zumal in der neueren Literatur, am häufigsten gebrauchte Begriff Pflichtverteidigung verwendet werden (Vgl. etwa die Kommentare von Löwe-Rosenberg, Eb. Schmidt und Dalcke).

16) Vergl. oben 3)

von Pflichtverteidigung, um darauf hinzuweisen, daß die Stellung des Verteidigers nicht durch die Wahl des Beschuldigten, sondern durch gerichtliche Bestellung begründet worden ist. Während Wahlverteidigung sowohl bei freiwilliger als auch bei notwendiger Verteidigung möglich ist, liegt bei Pflichtverteidigung immer zugleich notwendige Verteidigung vor.[17] Denn ihr kennzeichnendes Merkmal ist die Bestellung des Verteidigers durch das Gericht, das aber nur in Fällen notwendiger Verteidigung einen Verteidiger bestellen darf.

17) LR 3b vor 137, Gerland S. 140

§ 2 2. Abschnitt: Sinn und Bedeutung der Verteidigung

1) Jedes Strafverfahren dient der Durchführung des materiellen Strafrechts.[1] Es soll dem Gericht ein zutreffendes Urteil darüber ermöglichen, ob im Einzelfall ein Verstoß gegen die Normen des sachlichen Strafrechts gegeben ist, und wenn ja, welche Strafe diesem Verstoß angemessen ist. Seine Aufgabe ist die Ermittlung der materiellen Wahrheit und die Verwirklichung des Rechts in einer gerechten Entscheidung.[2]

Auf Grund der begrenzten Erkenntnismöglichkeiten des Menschen und damit auch des Richters besteht dabei in jedem Verfahren die Gefahr, daß entweder ein Schuldiger der an sich verwirkten Strafe ganz oder teilweise entgeht oder aber ein Unschuldiger zu Unrecht bzw. ein Schuldiger zu hart bestraft wird. Um dieser Gefahr so weit als möglich zu entgehen und die Erreichung des Verfahrensziels zu sichern, hat der Gesetzgeber auf jahrhundertealten Prozeßerfahrungen und auf Wahrscheinlichkeitserwägungen beruhende Verfahrensregeln aufgestellt, die einerseits sichern sollen, daß auch wirklich jeder Schuldige der gerechten Bestrafung zugeführt wird, die aber andererseits auch den Unschuldigen schützen bzw. den Schuldigen vor einer zu harten Bestrafung bewahren sollen. Letzterem dient vor allem auch die Aufnahme des Rechtsinstituts der Verteidigung in das Strafverfahren. Ihrem Sinn nach ist die Verteidigung eine Sicherung gegen Fehlurteile zum Nachteil des Beschuldigten.[3] Der Aufbau unseres Strafprozesses beruht auf der Erkenntnis, daß die materielle Wahrheit am besten ermittelt werden kann, indem Staatsanwalt und Beschuldigter dem unparteiischen Gericht ihren Standpunkt darlegen und diesem dadurch ermöglichen, alle für und wider einen Schuldspruch sprechenden Umstände bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen. Dies bedingt nun nicht ohne weiteres die Zulassung eines Verteidigers, denn der Beschuldigte könnte ja grundsätzlich seine Interessen selbst vertreten und zudem sind nach dem geltenden Recht auch die Staatsanwaltschaft und das Gericht verpflichtet, die der Entlastung des Beschuldigten dienenden Umstände zu ermitteln. Eine ausreichende Gewähr für eine gerechte Strafrechtsprechung ist hierin aber nicht zu sehen. Um den Unschuldigen wirksam vor einer Verurteilung zu schützen und den Schuldigen vor einer unangemessenen Bestrafung zu bewahren, muß vielmehr die Mitwirkung eines Verteidigers am

1) Kern StPO S. 1
2) Henkel S. 120
3) LK II Vorbemerkung 4 zum 11. Abschnitt

Strafverfahren möglich sein.[4] Das den Strafprozeß beherrschende Prinzip der Wahrheitserforschung verpflichtet zwar die Staatsanwaltschaft und das Gericht, nicht nur die den Beschuldigten belastenden Umstände zu ermitteln, sondern in gleicher Weise auch die entlastenden Momente zu erforschen und beide mit der gleichen Unvoreingenommenheit und Sachlichkeit zu berücksichtigen. Der Beschuldigte ist dadurch aber weder gegen unrichtige Verurteilungen noch gegen unangemessene Strafzumessungen ausreichend geschützt.

2) Trotz der der Staatsanwaltschaft auferlegten Verpflichtung zur Objektivität und dem in den meisten Fällen vorhandenen Willen, sie zu erfüllen, wird die zu Ungunsten des Beschuldigten entfaltete Tätigkeit in der Arbeit eines Staatsanwalts immer überwiegen. Die eigentliche Aufgabe der Staatsanwaltschaft ist die Strafverfolgung,und die Berufstätigkeit des Staatsanwalts ist daher in erster Linie darauf ausgerichtet, den Täter einer geschehenen Straftat zu ermitteln, ausreichendes Beweismaterial zu seiner Überführung zu sammeln und dann gegen ihn Anklage zu erheben. Schon diese inquirierende Tätigkeit drängt den Staatsanwalt von vornherein in eine gewisse Gegnerschaft zu dem einmal als verdächtigt Erkannten und beeinflußt die Unbefangenheit seines Urteils. Denn niemand kann nach zwei entgegengesetzten Beweggründen handeln und verfahren und so schließt der einmal gegen den Beschuldigten gefaßte Verdacht notwendig die Überzeugung von seiner Unschuld aus. Besonders die Erhebung der öffentlichen Klage erweist, daß der Staatsanwalt von der Schuld des Beschuldigten zumindest bis zu einem gewissen Grade überzeugt ist. Diese Überzeugung hindert ihn aber, die gegen den Beschuldigten sprechenden Verdachtsgründe unbefangen einzuschätzen. Vielmehr wird er dazu neigen, bei der Prüfung des Ermittlungsergebnisses dem Belastungsmaterial höhere Beweiskraft zuzumessen als den zugunsten des Beschuldigten sprechenden Umständen.

Nicht auszuschalten ist ferner, daß der Staatsanwalt sich, psychologisch verständlich, von dem uneingestandenen Bestreben leiten läßt, den einmal geäußerten Verdacht und den Erfolg seines Bemühens in einer Verurteilung des Beschuldigten bestätigt zu sehen. Auch hierin liegt nicht selten eine Gefahr für die Unbefangenheit des Staatsanwalts und damit für den Beschuldigten.

---

4) Nahezu einhellige Ansicht; Vgl. hierzu und zu folgendem; LK II Vorbemerkung 4 ff, zu Dohna S. 63 ff, Henkel S. 84 ff. 203 ff, Peters S. 181 ff, Exner S. 41 ff, Haferland S. 7 ff, Horber S. 1, Kreitmair S. 9 ff, Gareiß S. 6 ff.

Aber selbst wenn der Staatsanwalt sich einmal bei der Ermittlung der dem Beschuldigten günstigen Umstände ebensoviel Mühe geben sollte wie bei der Suche nach Belastungsmaterial, wird er nur in den seltensten Fällen vollen Erfolg haben. Verständlicherweise sieht der Beschuldigte, sei er schuldig oder unschuldig, in dem Staatsanwalt seinen Gegner. Er wird ihm gegenüber daher immer mißtrauisch bleiben und ihm niemals eine vollständige Darstellung des Geschehens geben oder ihm alle Beweggründe seines Handelns offenbaren, da er immer befürchten wird, seine Aussagen könnten zu seinen Ungunsten verwertet werden. Vor allem aber die Motive des Täters sind es oft, die erst den Schlüssel zu einer richtigen Beurteilung der Tat und des Täters bilden.

Anzunehmen, der Staatsanwalt könne und werde die Interssen des Beschuldigten mit der erforderlichen Nachhaltigkeit wahrnehmen, hieße daher, jede psychologische Erwägung außeracht lassen. In der Vorschrift des § 160 II wird man daher nur eine gewisse Sicherung gegen leichtfertige und völlig ungerechtfertigte Angriffe sehen können, niemals aber einen ausreichenden Schutz des Beschuldigten vor einer nachteiligen Entscheidung.

3) Auch die Pflicht des Gerichts, von Amts wegen alles zu tun, was zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist, ist keine genügende Garantie gegen einen Irrtum. Vor der Hauptverhandlung lernt der Richter den Sachverhalt und den Beschuldigten meist nur aus den ihm von der Staatsanwaltschaft vorgelegten Akten kennen.[5] Diese vermitteln aber nicht selten ein unzutreffendes und einseitiges, dem Beschuldigten ungünstiges Bild. In ihnen ist vor allem das gegen den Beschuldigten sprechende Ergebnis der Ermittlungen zusammengestellt, und zwar so, wie es die Staatsanwaltschaft sieht. Angaben über die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten, seine Herkunft und sein bisheriges Leben, über die Beweggründe, die ihn zu seiner Tat brachten, und über dergleichen enthalten sie fast nie in ausreichendem Maße. Vielfach fehlen in ihnen auch Hinweise auf dem Beschuldigten günstige Umstände, die zwar in den Ermittlungen einmal sichtbar wurden, die aber bereits von der Staatsanwaltschaft oder gar von ihren Hilfsbeamten nicht als wichtig oder überzeugend angesehen und daher nicht weiter überprüft wurden, so daß sie zum Nachteil des Beschuldigten in Vergessenheit gerieten. Dem Richter bleibt nun aber in aller Regel keine andere Möglichkeit, als sich auf den Inhalt der Akten und die darin bezeichneten Beweise zu verlassen. In Anbetracht seiner umfangreichen Amtsgeschäfte wird er nur selten Gelegen-

5) s. a. Ostler JR 59, 121 (124)

heit finden, von sich aus Ermittlungen zur Aufklärung des Sachverhalts zu betreiben. Damit ist aber zwangsläufig immer die Möglichkeit gegeben, daß er durch das in den Akten wiedergegebene Bild des Beschuldigten und des Geschehens beeinflußt wird und nicht selten wird er sich auf Grund des Aktenstudiums bereits vor der Hauptverhandlung, wenn auch unbewußt und ungewollt, über den Beschuldigten ein gewisses Vorurteil gebildet haben. Die kurze Zeit der Hauptverhandlung reicht dann aber meist nicht aus, um diese Voreingenommenheit vollständig auszuräumen und ein genaues Bild des Angeklagten und seiner Rolle bei dem Geschehen aufzuzeigen. Denn einmal wird der Angeklagte verständlicherweise auch dem Richter kein volles Vertrauen schenken und daher auch ihm gegenüber in seiner Einlassung vieles nicht vorbringen aus Angst, sich selbst zu belasten.
Zum anderen wird der Vortrag des juristisch gebildeten und forensisch geschulten Staatsanwalts in der Regel auf den Richter immer überzeugender wirken als die Ausführungen des rechtsunkundigen und in gerichtlichen Dingen unerfahrenen Angeklagten, oft allein schon deshalb, weil der Vortrag des Staatsanwalts das Bild des Geschehens und des Angeklagten, das der Richter sich unbewußt auf Grund des Aktenstudiums gebildet hat, bestätigt.

Nicht übersehen werden kann ferner, daß sowohl Gericht als auch Staatsanwaltschaft staatliche Organe sind, daß sie sich durch die gemeinsame Aufgabe, das Recht zu verwirklichen, in vieler Beziehung verbunden fühlen und daß sie oft eng zusammenarbeiten. Dies birgt zwangsläufig die Gefahr in sich, daß der Richter der Anklage der Staatsanwaltschaft gegenüber nicht immer so kritisch sein wird, wie es bisweilen im Interesse des Beschuldigten erforderlich sein mag.

Die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft im Verfahren muß daher der Entscheidung trotz des Bemühens des Richters, unvoreingenommen die Wahrheit zu erforschen und unparteiisch ein gerechtes Urteil zu fällen, notwendig einen einseitigen parteiischen Charakter geben, sofern der Richter bei der Gewinnung seiner Entscheidung nicht durch eine wirksame Darlegung der gegen die Anklage sprechenden Gründe unterstützt wird.

4) Der Beschuldigte selbst ist hierzu in aller Regel nicht oder nur unvollkommen in der Lage. Er ist gewöhnlich weder mit dem materiellen noch dem Verfahrensrecht vertraut und zudem noch in forensischer Beziehung unerfahren. Infolgedessen fehlt ihm meist die Möglichkeit, die Bedeutung des Ermittlungsergebnisses zu erkennen und den ihm zur Last gelegten Sachverhalt richtig zu würdigen. Aus demselben Grund ist er auch nur selten in der Lage, von den

ihm zur Verfügung stehenden sachlichen und formellen Schutz- und Verteidigungsmitteln zweckmäßig und wirkungsvoll Gebrauch zu machen, zur richtigen Zeit aufklärende Ausführungen zu machen, Entlastungsmaterial vorzubringen und sachdienliche Anträge zu stellen. Wenn er sich in Untersuchungshaft befindet, fehlt ihm darüberhinaus auch vielfach die tatsächliche Möglichkeit, eigene Nachforschungen anzustellen und Nachweise für seine Unschuld beizubringen.

Hinzu kommt oft, sofern er nicht gerade gewohnheitsmäßig vor Gericht steht, daß ihm der nötige Abstand für eine ruhige und sachliche Verteidigung fehlt. Seine gefährdete Lage, die Bedrohung seiner gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Stellung und der mögliche Verlust seiner Freiheit rauben ihm oft jede Fähigkeit zu vernunftgemäßem Handeln und Überlegen, so daß er oft die (nächstliegenden) Schritte zu seiner Entlastung unterläßt, darüberhinaus in seiner Erregung sinnlose Entlastungsversuche unternimmt, sich dadurch in Widersprüche verwickelt und sich letztlich so durch seine Verteidigungsversuche oft mehr schadet als nützt. In mancher Beziehung ist der Beschuldigte auch ungeeignet, sich selbst zu verteidigen.[6] Bestreitet er selbst etwa die Glaubwürdigkeit eines Zeugen, hebt er selbst seine eigenen Verdienste hervor oder zieht er selbst die Unbefangenheit eines Richters in Zweifel, so kann dies leicht anmaßend oder peinlich wirken und dieser Eindruck überdeckt dann nur zu leicht die Berechtigung seiner Argumente. Die dem Beschuldigten gewährte Möglichkeit, sich selbst zu verteidigen, ist aus all diesen Gründen also ohne große praktische Bedeutung. Ein wirksames Gegengewicht gegenüber der Mitwirkung des Staatsanwalts vermag sie in keiner Weise zu bilden.

5) Der Beschuldigte bedarf vielmehr der Hilfe einer rechts- und prozeßkundigen Person; denn nur so kann seine schwache Stellung gegenüber der Staatsanwaltschaft und dem Gericht wirklich verbessert werden. Andernfalls liefe das Widerspiel zwischen Staatsanwalt und Beschuldigtem, das das Wesen unseres Strafverfahrens ausmacht, notwendig zu Ungunsten des Beschuldigten aus.

Im Gegensatz zu dem Beschuldigten vermag ein rechtskundiger Verteidiger die Schwächen der Anklage in formeller und materieller Hinsicht zu erkennen und sachgerechten Gebrauch von den Rechten des Beschuldigten zu machen. Indem er vom Standpunkt des Beschuldigten aus Stellung nimmt, zunächst zu dem Ergebnis der Ermittlungen und später der Beweisaufnahme,

---

6) s. a. von Stackelberg AnwBl 59, 190 (199)

Staatsanwalt und Richter auf Widersprüche in den Zeugenaussagen oder Lücken in der Beweiskette hinweist, wird er manches dem Beschuldigten nachteilige Urteil verhindern. Da der Beschuldigte zudem ihm, den er ja auf seiner Seite weiß, weit eher vertrauen wird als Richter und Staatsanwalt und ihm daher auch weit eher eine genaue Darstellung des Tatvorgangs und seiner Beweggründe geben wird, wird der Verteidiger nicht selten auch den Sachverhalt aufklären oder einen Milderungsgrund aufzeigen können und so dem Gericht eine gerechte Entscheidung ermöglichen.

Ohne die Mitwirkung eines Verteidigers würde sich die Zahl der Fälle bedeutend erhöhen, in denen ein Schuldiger zu hart bestraft oder sogar ein Unschuldiger verurteilt wird. Darin zeigt sich die große Bedeutung des Instituts der Verteidigung für die Strafrechtspflege.

6) Die Verteidigung kann auch nicht deshalb als überflüssig oder gar als schädlich angesehen werden, weil die Tätigkeit des Verteidigers auch dem Schuldigen zugute kommt und ihn möglicherweise vor einer angemessenen Bestrafung bewahrt oder ihm sogar zu einem ungerechtfertigten Freispruch verhilft.[8] Ziel des Strafverfahrens ist es zwar, die Strafandrohung des materiellen Strafrechts zu verwirklichen und nach Möglichkeit jeden Schuldigen der gerechten Bestrafung zuzuführen. Aber nur der wirklich Schuldige hat nach dem materiellen Strafrecht eine Strafe verwirkt,und jede Verurteilung eines Unschuldigen bzw. jede unangemessen harte Bestrafung eines Schuldigen ist daher selbst wieder Unrecht. Die Unrechtsverhütung ist in einem Rechtsstaate aber weitaus wichtiger als die Rechtsverwirklichung. Unser geltendes Recht nimmt daher auch, wie sich z.B. besonders in dem die gesamte Strafrechtspflege beherrschenden Rechtssatz "in dubio pro reo" zeigt, lieber die Freisprechung eines Schuldigen als die Verurteilung eines Unschuldigen in Kauf. Da die Verteidigung aber in vielen Fällen zur Unrechtsverhütung beitragen kann, ist es für rechtsstaatliches Denken selbstverständlich, dem Beschuldigten in dem Strafverfahren das Recht auf den Beistand eines Verteidigers zu geben, und dies selbst dann, wenn dieses Recht auch dem Schuldigen Vorteile bringen kann und dadurch möglicherweise die Rechtsverwirklichung erschwert wird.

---

8) s. a. Haferland S. 11

§ 3 3. Abschnitt: Die Notwendigkeit der Verteidigung

1) Bei der großen Bedeutung der Verteidigung als Sicherung gegen Fehlurteile sollte man annehmen, daß die Mitwirkung eines Verteidigers um der Rechtssicherheit willen in jedem Strafverfahren unbedingt erforderlich wäre. Denn das Interesse des Staates an einer gerechten Strafrechtspflege erstreckt sich auf alle Fälle und es kann auch mit Sicherheit angenommen werden, daß die Verteidigung in allen Fällen zur Unrechtsverhütung beitragen kann.

Das geltende Recht begnügt sich jedoch damit, dem Beschuldigten zwar immer das Recht zu geben, sich in jeder Lage des Verfahrens der Unterstützung eines Verteidigers zu bedienen, ansonsten aber nur in bestimmten, ausdrücklich festgelegten Fällen die Mitwirkung eines Verteidigers für unbedingt notwendig zu erklären.

2) Diese Beschränkung der Notwendigkeit der Verteidigung wird im allgemeinen damit gerechtfertigt, daß der Beschuldigte sich in kleineren Fällen meist selbst wird verteidigen können, daß er selbst ja auch in solchen Fällen einen Verteidiger hinzuziehen könne, daß er hier durch die Objektivität der Staatsanwaltschaft und des Gerichts genügend geschützt sei und daß es zu einer übergroßen Belastung der Staatskasse führen würde, wenn die Notwendigkeit der Verteidigung auf alle Fälle ausgedehnt würde.[1]

Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen. Einmal sollten fiskalische Überlegungen keine Rolle spielen, wenn es darum geht, Unrecht zu verhindern. Zudem müßte eine Ausweitung der Notwendigkeit keineswegs zu einer Überbelastung der Staatskasse führen, da sich dies durch eine entsprechende Kostenregelung verhindern ließe. Weiter ist nicht richtig, daß der Beschuldigte sich in kleineren Fällen selbst verteidigen kann. Der Gesetzgeber und der Jurist sehen einen Fall im Verhältnis zu allen anderen Delikten und können den Einzelfall daher als leicht oder schwer einordnen. Anders der Beschuldigte, der im Regelfall ja Laie ist: Auch er kann natürlich unterscheiden und weiß, daß eine leichte Verkehrsübertretung nicht so schwer ist, wie Diebstahl oder Raub. Muß er aber selbst im konkreten Fall mit einer Bestrafung rechnen, nimmt er nur noch eine subjektive Wertung vor. So kann für den einen Beschuldigten bereits eine drohende geringfügige Bestrafung wegen einer Übertretung subjektiv eine Gefährdung seiner wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Existenz darstellen, für den anderen Beschuldigten dagegen eine mögliche Gefängnis- oder Zuchthausstrafe nur

1) Henkel S. 206, Mack S. 15

ein lästiges und nicht zu vermeidendes Übel. Diese subjektive Wertung ist aber gerade entscheidend dafür, ob der Beschuldigte seine Verteidigung ruhig und mit dem erforderlichen Abstand führen kann. Weiter tauchen auch in äußerlich noch so klar und einfach erscheinenden Fällen oft Rechtsfragen auf, die der Beschuldigte zu erfassen garnicht in der Lage ist. Er gibt dann möglicherweise eine Darstellung seiner Tat, die er für günstiger hält, die aber in Wirklichkeit weitaus nachteiliger ist.[2] Seine prozessualen Befugnisse schließlich vermag er vor dem Amtsrichter ebenso wenig sachgemäß geltend zu machen wie vor dem Schwurgericht; denn auch hier fehlt ihm Rechtskenntnis und forensische Erfahrung.

Es ist auch keineswegs erwiesen, daß der Beschuldigte in kleineren Fällen durch die Verpflichtung des Gerichts und der Staatsanwaltschaft zur Ermittlung der materiellen Wahrheit besser als in größeren geschützt ist.
Möglicherweise ist die Gefahr der Voreingenommenheit auf seiten des Richters und des Staatsanwalts geringer, weil es sich für sie um alltägliche und nicht besonders schwerwiegende Fälle handelt, die sie daher auch nicht besonders interessieren. Dem steht aber gegenüber, daß gerade die leichteren, täglich sich wiederholenden Fälle - man denke besonders an die Unzahl von Verkehrsstrafsachen - in der Praxis eigentlich fast immer rein schematisch und routinemäßig abgewickelt werden, ohne daß dem Einzelfall und seinen Besonderheiten die erforderliche Beachtung zuteil wird.[3] Eine eigene Ermittlungstätigkeit durch das Gericht gibt es wohl nur in den seltensten Ausnahmefällen, und selbst die Staatsanwaltschaft übernimmt im Regelfall nur das Ergebnis der polizeilichen Ermittlungen. Allzu oft hat der Sitzungsvertreter vor der Hauptverhandlung nur einen kurzen Blick in die Akten geworfen und richtet sich bei seinen Anträgen dann allein nach dem Inhalt der Anklageschrift oder des Strafbefehls. Nicht selten geht es auch dem Richter ähnlich, der ebenfalls wenig Zeit für kleinere Fälle aufwenden kann.

Letztlich ist auch die dem Beschuldigten eingeräumte Möglichkeit, selbst einen Verteidiger hinzuziehen zu können, kein überzeugender Grund für die Beschränkung der Notwendigkeit der Verteidigung auf bestimmte Fälle. Einmal ist dem Beschuldigten diese Möglichkeit immer eröffnet und man müßte daher, wenn man hierin einen Grund für die Beschränkung sehen will,

---

2) Dem Beschuldigten wird z. B. Diebstahl von Holz aus dem Wald vorgeworfen. Er hat den gestohlenen Baum selbst gefällt, gibt dies aber aus Furcht, deswegen härter bestraft zu werden, nicht zu. Statt wegen Forstdiebstahls wird er wegen Diebstahls bestraft !

3) Ostler JZ 59, 121 (123)

überhaupt ablehnen, daß das Gesetz die Verteidigung für notwendig erklärt. Zum anderen ist zu beachten, daß der Beschuldigte von dieser Möglichkeit nicht selten deshalb keinen Gebrauch macht, weil er in Verkennung der Sachlage und in der Überzeugung von seiner Unschuld eine Verurteilung garnicht für möglich und die Zuziehung eines Verteidigers für überflüssig hält. Vor allem kann auch nicht unbeachtet bleiben, daß diese Möglichkeit für den Beschuldigten oft eine rein theoretische ist, weil er die Kosten für einen Verteidiger nicht aufbringen kann.

Es kann daher nicht davon gesprochen werden, daß die Beschränkung der Notwendigkeit berechtigt ist. Vielmehr ist die Stellung des Beschuldigten in allen Fällen gleich schwach. Daß die Strafen in leichteren Fällen geringer und die Folgen für den Beschuldigten daher bei einem Fehlurteil nicht so einschneidend sind wie in größeren Fällen, ändert hieran nichts. Entscheidend ist allein, daß der Beschuldigte der Gefahr ausgesetzt ist, durch ein Fehlurteil benachteiligt zu werden und daß sich diese Gefahr durch die Beigabe eines Verteidigers verringern ließe. Es wäre daher angebracht, die Verteidigung im Strafprozeß schlechthin für notwendig zu erklären, um so in allen Fällen die größtmögliche Sicherung gegen eine dem Beschuldigten nachteilige Fehlentscheidung zu schaffen.

Der Gesetzgeber hat diese immer wieder erhobene Forderung[4] bisher noch nicht erfüllt. Wenn auch die Voraussetzung der Notwendigkeit der Verteidigung seit Erlaß der Reichsstrafprozeßordnung erheblich erweitert worden ist, so ist die Mitwirkung eines Verteidigers doch nur in bestimmten, nach Ansicht des Gesetzgebers schwerwiegenden Fällen geboten. Die Gründe, aus denen in diesen Fällen die Verteidigung für notwendig erklärt worden ist, sind unterschiedlich. Im wesentlichen sind drei verschiedene Gesichtspunkte maßgebend, nämlich die Schwere der Tat und die daher zu erwartende erhebliche Strafe, die besondere Schwierigkeit des Falls oder die besondere Hilfsbedürftigkeit des Beschuldigten.

---

4) Haferland S. 10, von Stackelberg AnwBl 59, 190 (198)
Schmidt-Leichner NJW 65, 1309 (1310) s. a. zu Dohna S. 68

§ 4 4. Abschnitt: Die Stellung des Verteidigers

1) Die Strafprozeßordnung zählt in den wenigen, der Verteidigung gewidmeten Bestimmungen, die zudem noch über das gesamte Gesetz verstreut sind, nur einzelne Rechte des Verteidigers auf, hat es aber unterlassen, seine Rechtsstellung in einer allgemeinen Vorschrift zu regeln. Von der Rechtslehre ist vielfach der Versuch unternommen worden, die durch das Fehlen einer derartigen Regelung aufgeworfene Frage zu klären und die Verteidigung dogmatisch in das System des Strafverfahrens und in unser ganzes Rechtssystem einzuordnen. Die insoweit vertretenen Ansichten gehen weit auseinander. [1]

2) Einige, in den Einzelheiten unterschiedlich ausgestaltete Auffassungen sehen in dem Verteidiger einen Vertreter der Beschuldigten. [2] Von einer Vertretung des Beschuldigten durch den Verteidiger, ähnlich etwa der Vertretung im Zivilprozeß, kann im Strafverfahren jedoch grundsätzlich nicht gesprochen werden.

In einigen wenigen Fällen läßt die Strafprozeßordnung zwar eine Vertretung des Beschuldigten durch den Verteidiger oder durch andere Personen zu. [3] Gerade aus dieser Ausnahmeregelung muß aber geschlossen werden, daß Verteidigung und Vertretung nicht dasselbe sind und der Verteidiger daher auch, von den erwähnten Ausnahmen abgesehen, nicht der Vertreter des Beschuldigten ist. [4] Dies ergibt sich vor allem auch daraus, daß der Verteidiger grundsätzlich nicht wie ein Vertreter anstelle des Beschuldigten, sondern nur an dessen Seite auftreten kann. [5] Im Regelfall vermag weder die Anwesenheit des Verteidigers

---

1) Vgl. die Zusammenstellung bei LR Vorbem. 3a vor 137 mit Nachweisen.

2) So von Kries S. 233, der die Handlungen des Verteidigers als solche des Beschuldigten ansieht; ähnlich auch Spendel JZ 59, 737 (741) im Anschluß an von Hippel, Der deutsche Strafprozeß, 1941, S. 289 ff (291, 298)

3) Vor allem bei §§ 234, 329 I, 350 II, 387, 411 II, 413 IV; in diesen Fällen muß der Beschuldigte, wenn er sich vertreten lassen will, den Verteidiger bevollmächtigen. Wo sonst noch eine Vertretung möglich ist, etwa bei 116 II, 281, kann jede Person und damit auch der Verteidiger den Beschuldigten vertreten. S. a. RG 66, 209 (211), Schorn JR 65, 375 (376)

4) LK II Vorbem. 14 zum 11. Abschnitt

5) LK II Vorbem. 14 ff zum 11. Abschn., LR Vorbem. 3c vor 137 KMR Vorbem. 1 u. 4 vor 137, Schwarz StPO Einl. 3c)6), Dalcke Anm. 1 zu 137, Kern StPO S. 74, Mannheimer MDR 54, 454, Kreitmair S. 6, BGH 9, 356 (357); 12, 367 (369); NJW 53, 1314.

die des Beschuldigten zu ersetzen[6] noch das Anhören des Verteidigers das des Beschuldigten.[7] Erklärungen des Verteidigers gelten auch nur dann als solche des Beschuldigten, wenn dieser sie genehmigt[8], wenn auch die Genehmigung in der Regel als erteilt anzusehen ist, falls der Beschuldigte zu einer in seiner Anwesenheit abgegebenen Erklärung des Verteidigers schweigt.[9] Ähnlich sind auch Zustellungen an den Verteidiger statt an den Beschuldigten nicht immer wirksam.[10]

Daß der Verteidiger dem Beschuldigten gegenüber eine weitgehend selbständige Stellung hat, geht auch daraus hervor, daß die Strafprozeßordnung einige Rechte nicht nur dem Beschuldigten selbst, sondern neben ihm auch seinem Verteidiger ausdrücklich[11] zuerkennt. Daraus muß geschlossen werden, daß der Verteidiger von diesen Rechten unabhängig von dem Beschuldigten und möglicherweise sogar gegen dessen Willen Gebrauch machen kann. Noch deutlicher zeigt sich diese Selbständigkeit des Verteidigers darin, daß das Gesetz dem Verteidiger prozessuale Möglichkeiten und Befugnisse einräumt, die der Beschuldigte selbst nicht oder nur in beschränktem Umfang hat[12]. So ist etwa nur der Verteidiger berechtigt, die Akten einzusehen[13], Zeugen ins Kreuzverhör zu nehmen[14], Mitangeklagte unmittelbar zu befragen[15] und immer an vorweggenommenen Beweisaufnahmen teilzunehmen.[16]

Letztlich tritt der Mangel der Vertretungsmacht auch darin hervor, daß der Verteidiger nicht sämtliche Rechte des Beschuldigten ausüben kann. So ist

---

6) §§ 230, 329 I StPO

7) §§ 136, 192, 243 II, IV; RG 18, 138 (141)

8) RG 44, 284 (285)

9) RG 1, 198, RGR 6, 295; s. a. LR Vorbem. 3c vor 137, der zu Recht darauf hinweist, daß das Schweigen des Beschuldigten dann nicht als Genehmigung gelten kann, wenn der Beschuldigte die Einlassungen zur Sache überhaupt verweigert; denn dann kann aus dem Schweigen zu einer Erklärung des Verteidigers keinesfalls auf den Willen des Beschuldigten geschlossen werden

10) § 145a; s. a. RG 19, 390; 43, 321

11) z. B. §§ 251 I 4, 240 II

12) LK II Vorbem. 16 zum 11. Abschn., LR Vorbem. 3d zu 137

13) § 147.

14) § 239, der allerdings in der Praxis keine Bedeutung hat.

15) § 240 II

16) § 193 I und II. Auch der Beschuldigte ist hier zwar zur Teilnahme berechtigt, aber nur in beschränktem Maß (193 IV), und er kann überdies auch ausgeschlossen werden (§ 194).

etwa der Beschuldigte selbst nach jeder Zeugenvernehmung zu hören, auch wenn bereits sein Verteidiger eine Erklärung abgegeben hat[17]. Dem Angeklagten selbst ist Gelegenheit zum "letzten Wort" zu geben[18], und nur er selbst kann wirksam einen Verzicht erklären.[19]

Der Verteidiger tritt also selbständig an der Seite des Beschuldigten auf, hat teilweise weitgehendere Befugnisse als dieser selbst, kann ihn aber nur in wenigen Fällen nach besonderer Bevollmächtigung vertreten. Damit ist er aber im Regelfall auch nicht als Vertreten sondern als selbständiger Beistand des Beschuldigten anzusehen.

3) Eine weitergehende Auffassung hält den Verteidiger nicht nur für den Beistand des Beschuldigten, sondern auch für den des Gerichts.[20] Auch sie ist abzulehnen[21]. Sinn und Zweck der Verteidigung ist, die Schwäche der Stellung des Beschuldigten gegenüber dem Gericht und vor allem der Staatsanwaltschaft auszugleichen und damit zur Findung der materiellen Wahrheit beizutragen. Auch der Verteidiger wirkt also mit, ein gerechtes Urteil zu finden. Insofern könnte man ihn tatsächlich auch als Beistand des Gerichts bezeichnen. Man würde dabei aber verkennen, daß dem Verteidiger eine ganz bestimmte Aufgabe bei der Suche nach der Wahrheit gestellt ist, wie bereits aus dem Begriff "Verteidigung" hervorgeht. Durch die Mitwirkung des Verteidigers sollen all die Nachteile behoben werden, die dem Beschuldigten aus seiner Rechtsunkenntnis, seiner mangelnden forensischen Erfahrung, seiner Befangenheit als persönlich Beteiligtem und der ihm unter Umständen fehlenden Bewegungsfreiheit erwachsen und die die Fehlerhaftigkeit des Urteils mit verursachen können. Dem Verteidiger ist damit eine einseitige Stellung im Verfahren zugewiesen. Er steht allein an der Seite des Beschuldigten und hat nur ihm zu helfen. Durch seine Tätigkeit unterstützt er zwar zwangsläufig auch das Gericht, denn er erspart diesem eigene Ermittlungstätigkeit, hilft bei der Aufklärung des Sachverhalts und ermöglicht so, daß das Gericht ein gerechtes Urteil sprechen kann. Diese Unterstützung des

17) § 257; Vgl. Schwarz StPO 2 zu 257

18) § 258 Abs. II und III

19) Dies ist hinsichtlich des Verzichts auf Rechtsmittel ausdrücklich geregelt (§ 302 II), gilt aber auch für den Antrag gemäß § 233 I, weil er einen Verzicht auf Gehör in der Hauptverhandlung enthält (Vgl. BGH 12, 367)

20) Vargha S. 278, 350; Frydmann, Systematisches Handbuch der Verteidigung in Strafsachen, Wien, 1878 S. 65

21) LK II Vorbem. 8 zum 11. Abschnitt; Kreitmair S. 7 ff, Luckanow S. 22, von Liszt DJZ 1901, 179 ff, von Lilienthal DJZ 1914, 28 (30)

Gerichts ist aber lediglich eine Folge des dem Beschuldigten geleisteten Beistands. Ziel der Tätigkeit des Verteidigers ist in erster Linie immer die Unterstützung des Beschuldigten, nicht die des Gerichts. Daß seine Tätigkeit mittelbar auch dem Gericht zugute kommt, liegt allein daran, daß das Gericht zur vollständigen Erforschung des Sachverhalts einschließlich der dem Beschuldigten günstigen Umstände verpflichtet ist und daß sich daher die Aufgabe des Gerichts und des Verteidigers teilweise decken. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß der Verteidiger auch Beistand des Gerichts ist. Dann müßte man ihn nämlich auch als Beistand der Staatsanwaltschaft ansehen, denn auch sie ist zur Ermittlung der den Beschuldigten entlastenden Momente verpflichtet, und durch seine Tätigkeit hilft der Verteidiger auch mit, daß sie diese Verpflichtungen erfüllen kann. Ähnlich müßte man auch den Staatsanwalt oder sogar den Beschuldigten als Beistand des Gerichts bezeichnen, da auch sie das Gericht bei der Erfüllung seiner Aufgabe unterstützen, indem sie Be- und Entlastungsmaterial vorbringen. Etwas Derartiges wird aber wohl niemand ernsthaft vertreten. Das gleiche muß aber auch hinsichtlich des Verteidigers gelten. Auch wenn sich seine Tätigkeit für das Gericht günstig auswirkt, ist er also nicht als Beistand des Gerichts, sondern nur als der des Beschuldigten anzusehen.

4) Dies gilt auch für alle Arten der Verteidigung. Teilweise wird zwar die Ansicht vertreten, bei notwendiger Verteidigung bzw. in geringer Abweichung dazu, als Pflichtverteidiger sei der Verteidiger vom Willen des Beschuldigten unabhängiger Beistand des Gerichts, bei der freiwilligen Verteidigung dagegen bzw. als Wahlverteidiger sei er Beistand des Beschuldigten und von dessen Willen abhängig.[22] Die Stellung des Verteidigers kann aber bei den einzelnen Arten der Verteidigung nicht unterschiedlich sein.[23] Die Strafprozeßordnung unterscheidet die einzelnen Verteidigungsarten nur hinsichtlich der Begründung der Verteidigerstellung und der Notwendigkeit der Verteidigung, nicht dagegen hinsichtlich der Tätigkeit des Verteidigers, seiner Aufgaben und der ihm eingeräumten Befugnisse und seinem Verhältnis zu dem Beschuldigten. Insbesondere ist der Verteidiger - gleichviel, ob die Verteidigung notwendig oder freiwillig ist oder ob er gewählt oder bestellt ist - bei der

22) Von Holtzendorff I S. 405; Der "notwendige Verteidiger" ist Beistand des Gerichts, der "gewillkürte" dagegen der des Beschuldigten. Ähnlich Gerland S. 151, der aber darauf abstellt, ob der Verteidiger gewählt oder bestellt ist.

23) LR Vorbem. 3b vor 137;
Kern StPO S. 73, Henkel S. 210, Schorn JR 65, 375

Ausübung seiner Rechte grundsätzlich nicht an den Willen des Beschuldigten gebunden. Die Frage, ob der Verteidiger Beistand des Gerichts ist, kann daher nur einheitlich beantwortet werden. Sie ist aber aus den bereits aufgezeigten Gründen zu verneinen. [24]

5) Die Stellung des Verteidigers ist jedoch damit, daß er Beistand des Beschuldigten ist, noch nicht vollständig erfaßt. Er ist nämlich nicht nur Beistand des Beschuldigten, sondern ein Organ der Rechtspflege. [25] Dies spricht die Bundesrechtsanwaltsordnung für Rechtsanwälte ausdrücklich aus. [26] Es gilt aber für alle Verteidiger, auch wenn sie nicht Rechtsanwälte sind. Der Staat selbst hat ein großes Interesse an einer möglichst fehlerfreien und den Beschuldigten nicht benachteiligenden Strafrechtspflege, und auch dies, nicht nur das Einzelinteresse des Beschuldigten, bewog ihn, die Verteidigung als Bestandteil des Verfahrens zuzulassen und teilweise für notwendig zu erklären. Die Stellung des Verteidigers kann daher nicht nur aus der des Beschuldigten abgeleitet werden, sondern es ist zu berücksichtigen, daß die Verteidigung auch im öffentlichen Interesse angeordnet und die Stellung des Verteidigers dementsprechend auch im öffentlichen Recht verwurzelt ist.

Die Kennzeichnung des Verteidigers besagt nun aber nicht, daß der Verteidiger ein Organ des Staates ist und ein öffentliches Amt ausübt. Sie bringt vielmehr lediglich zum Ausdruck, daß der Verteidiger mit zur Rechtspflege gehört und für deren Ausübung im Interesse der Unrechtsverhütung ebenso unentbehrlich ist wie Richter und Staatsanwalt und daß er daher berechtigt ist, selbständig an der Seite des Beschuldigten und unabhängig von Gericht und Staatsanwaltschaft am Verfahren mitzuwirken. [27]

---

24) Im Ergebnis ebenso Kreitmair S. 8

25) LK II Vorbem. 13 zum 11. Abschn.; LR Vorbem. 3d und 4a zu 137, Schwarz StPO Einl. 3c Vorbem. 1 zu 137, Kern StPO S. 74, Peters S. 182 f., Henkel S. 85, Habscheid NJW 62 1985, Seibert JR 51, 678, RG JW 26, 2756, BGH 9, 20 (22); 13, 337, BVerfG NJW 63, 1771

26) § 1 BRAO

27) Kalsbach JZ 61, 593 und Komm., Anm. 3 zu § 1 BRAO; Bülow Anm. 1 zu § 1 BRAO, Ostler JR 59, 121 (125), Dahs Anw. Bl. 59, 171, 178 Kritik an dem Ausdruck "Organ der Rechtspflege" üben Alexander (ZStW Bd. 51 S. 54 (56, 57)) und Beling (LZ 27, 518), die aber ebenfalls eine Doppelstellung des Verteidigers annehmen.

6) Zusammenfassend ist die Stellung des Verteidigers im Strafverfahren demnach folgendermaßen zu bestimmen: Der Verteidiger hat eine Doppelstellung. Einmal ist er ein weitgehend selbständiger Beistand des Beschuldigten und bei der Führung seiner Verteidigung von dessen Willen grundsätzlich unabhängig. Teilweise kann er weitergehende Befugnisse als der Beschuldigte ausüben, ihn aber nur in Ausnahmefällen und dann nur kraft besonderer Vollmacht vertreten. Zum anderen ist der Verteidiger ein Organ der Rechtspflege, das Gericht und Staatsanwaltschaft gegenüber unabhängig ist und im Interesse der Wahrheitsermittlung und Justizförmlichkeit des Verfahrens selbständig und aus eigenem Recht am Verfahren mitwirken kann.[28]

---

28) hM; LK II Vorbem. 17 vor 137, LR Anm. 3d, 4a vor 137, KMR 1 vor 137; Dalcke Anm. 1 zu 137; Kern StPO S. 74; Henkel S. 85; Peters S. 182 f; Ackermann NJW 54, 1385; Dahs NJW 59, 1158 und Anw. Bl. 59, 171 (178); Leistner DRiZ 60, 249; Ostler JR 59, 121, Ebermayer DJZ 1927, 135, Alexander ZStW Bd. 51, 54 (56); Beling LZ 27; 518, von Stackelberg DRiZ 59, 311 und Anw. Bl. 59, 190 (197); Kalsbach JZ 61, 593; Luckanow S. 29; Eb. Schmidt MDR 51, 6; Amtliche Begündung zu § 1 BRAO; RG JW 26, 2756 mit Anm. Alsberg; BGH 9, 20 (22); 13, 337; BVerfG NJW 63, 1771

§ 5 5. Abschnitt: Aufgaben und Grenzen der Verteidigung

1) Aus dieser Stellung des Verteidigers als Beistand des Beschuldigten und als Organ der Rechtspflege ergeben sich die Aufgabe und die Grenzen der Verteidigung.

Als Beistand des Beschuldigten hat der Verteidiger alles zu tun, um den Angriff der Anklage abzuwehren und alles zu unterlassen, was sich nachteilig für seinen Mandanten auswirken könnte.[1] So hat er zunächst einmal die Aufmerksamkeit des Gerichts auf die dem Beschuldigten günstigen Tatsachen zu lenken. Er muß die verwendeten Beweismittel überprüfen und, sofern Anlaß dazu besteht, deren Eignung in Zweifel ziehen. Zur Aufklärung des Sachverhalts hat er soweit beizutragen, als es das Interesse seines Mandanten erfordert, also nur soweit, als er dadurch dessen Schuld oder geringere Strafbarkeit dartun kann.[2] Zu diesem Zweck kann er auch eigene Ermittlungen anstellen, um neue Tatsachen oder Beweismittel zu Gunsten des Beschuldigten ausfindig zu machen. Zur Überführung des Beschuldigten darf er dagegen nicht beitragen und muß insbesondere auch ihm bekanntes Belastungsmaterial verschweigen.[3] Er darf vor allem auch von einem Geständnis, das der Angeklagte ihm gegenüber gemacht hat, dem Gericht keine Mitteilung machen, sondern kann ihm allenfalls raten, es dem Gericht gegenüber zu wiederholen, sofern er sich einen Vorteil davon für die Verteidigung verspricht.[4]

Ferner hat der Verteidiger auch dafür Sorge zu tragen, daß das materielle Strafrecht richtig angewendet wird, daß also der Beschuldigte nicht für eine Handlung, für die das Gesetz keine Strafe vorsieht, bestraft wird oder daß nicht, sofern eine strafbare Handlung gegeben ist, eine härtere als die vom Gesetz vorgesehene Strafe verhängt wird. Insoweit hat er das Gericht auf alle Zweifel, die sich aus umstrittenen Rechtsauffassungen und Gesetzesauslegungen ergeben, hinzuweisen, um dadurch eine dem Beschuldigten möglichst günstige rechtliche Beurteilung der Tat zu erreichen. Auf eine dem Beschuldigten ungünstige Rechtsansicht darf er jedoch selbst dann nicht hinweisen, wenn er sie selbst als richtig ansieht.[5]

---

1) LK II Vorbem. 18 zum 11. Abschnitt, LR Vorbem. 4 zu 137

2) LR Anm. 4b vor 137, Ebermayer DJZ 27, 134 (136) von Liszt DJZ 1901, 179 (180), RG 17, 315

3) LR Vorbem. 4b zu 137, LK II Vorbem. 18 zu 11. Abschnitt, Kern S. 75, Peters S. 196, von Lilienthal DJZ 40, 30, Güde Anw. Bl. 61, 3, Ackermann NJW 54, 1385, RG 70, 393, BGH NJW 52, 1148

4) LK II Vorbem. 21 zum 11. Abschn.

5) LK II Vorbem. 18 zum 11. Abschn., Seibert JR 51, 678/9

Eine besonders wichtige Aufgabe ist dem Verteidiger weiter auf dem Gebiet des Verfahrens selbst gestellt. Das geltende Recht sieht die Verurteilung eines Angeklagten nur dann als zulässig an, wenn sich das Gericht auf justizförmigem Wege von seiner Täterschaft zu überzeugen vermag.[6] Ist die materielle Wahrheit daher mit den zugelassenen Beweismitteln und unter Beachtung aller Verfahrensregeln nicht zu ermitteln, der Beschuldigte also nicht auf justizförmigem Wege zu überführen, muß das Urteil auf Freispruch lauten.[7] Scheint dem Verteidiger daher das Verfahrensrecht verletzt, insbesondere der Nachweis der Schuld nicht oder nur mit unzulässigen Beweismitteln erbracht zu sein, muß er - aus der Erwägung heraus, daß nicht nur die Unschuld, sondern auch der Mangel des ordnungsgemäßen Schuldnachweises den Anspruch auf Freisprechung begründet - Freispruch beantragen, auch wenn er selbst an die Schuld seines Mandanten glaubt oder dieser ihm gegenüber ein Geständnis abgelegt hat.[8]

2) Seiner Tätigkeit zugunsten des Beschuldigten sind aber Grenzen gesetzt.[9] Der Gesetzgeber hat dem Verteidiger die Mitwirkung am Verfahren gestattet, um den Beschuldigten vor einer ihm nachteiligen Fehlentscheidung zu schützen, nicht dagegen, um ihn überhaupt vor einer Verurteilung zu bewahren. Der Verteidiger hat daher auch nur der Unrechtsverhütung zu dienen, darf aber darüberhinaus nicht versuchen, den Beschuldigten vor einer gerechten Strafe zu schützen. Als Organ der Rechtspflege ist er vielmehr zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung, die ihm seine Stellung ja erst gewährt, verpflichtet, darf nicht dem Unrecht dienen oder die Rechtsverwirklichung erschweren.[10]

Darf er auch niemals zur Belastung und Überführung des Beschuldigten beitragen, so ist ihm doch auch verwehrt, störend in die Ermittlungstätigkeit des Gerichts oder der Staatsanwaltschaft einzugreifen, den Sachverhalt zu verdunkeln, Beweismittel zu fälschen, Zeugen zu beeinflussen oder sonst in irgendeiner Weise zu versuchen, dem Gericht etwas vorzuspiegeln oder es irrezuführen. Bei der Führung der Verteidigung muß er sich vielmehr, sofern er sich nicht dem Vorwurf der Begünstigung aussetzen will, des Gebrauchs

---

6) LK II Vorbem, 5 zum 11. Abschn., LR Vorbem. 4b vor 137, Peters S. 202, Eb. Schmidt MDR 51, 6, Luckanow S. 55

7) LK II Vorbem. 6 zum 11. Abschn., Dahs Anw. Bl. 59, 171 (175)

8) LK II Vorbem. 21 zum 11. Abschn. LR Vorbem. 4b, c) aa), KMR Vorbem. 1 vor 137, Seibert JR 51, 678 (679), Dahs Anw. Bl. 59, 171 (176), Ackermann NJW 54, 1385

9) LK II Vorbem. 20 zum 11. Abschn.

10) Amtl. Begründung zum § 1 BRAO, Kalsbach Komm. Anm. 1 zu § 1 BRAO, Bülow Anm. 2 zu § 1 BRAO, LR Vorbem. 3d vor 137 Dahs Anw. Bl. 59, 171 (178), BGH 9, 20

derartiger Mittel enthalten und sich auf verfahrensmäßig erlaubte Mittel beschränken.[11]

Eine weitere Beschränkung ergibt sich für den Verteidiger, wenn er Rechtsanwalt ist: Er hat die Verteidigung dann auch nach den durch die Standespflicht gebotenen Grundsätzen zu führen.[12] Beabsichtigt etwa der Beschuldigte ein Geständnis abzulegen, ist der Verteidiger zwar berechtigt, ihn zu belehren, daß er sich nicht einzulassen brauche. Er darf ihm aber nicht das beabsichtigte Geständnis ausreden, sofern er nicht überzeugt ist, daß es unrichtig wäre. Ebenso darf er den Beschuldigten nicht zu einem wahrheitswidrigen Widerruf des Geständnisses überreden.[13] Ihm ist es ferner verwehrt, wider besseres Wissen Freispruch wegen erwiesener Unschuld zu beantragen; er muß sich vielmehr darauf beschränken, das Fehlen des Schuldnachweises herauszustellen.[14]

Letztlich ist noch zu beachten, daß der Verteidiger sich durch die Art seiner Verteidigung strafbar machen kann, z. B. wegen Beleidigung eines Richters oder eines Zeugen. Auch hierauf hat der Verteidiger bei seiner Tätigkeit Rücksicht zu nehmen.[15]

---

11) LK II Vorbem. 19, 24 zum 11. Abschn., LR Vorbem. 4c) aa) zu 137, Dahs Anw. Bl. 59, 171 (176), Ebermayer DJZ 27, 134 (138), Peters S. 193 f, RG 66, 236 und 325; 70, 391

12) s. insbes. § 59 der Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs; vgl. auch LK II Vorbem. 25 zum 11. Abschn. LR Vorbem. 4a vor 137, Peters S. 204

13) Über die Rechtslage kann der Verteidiger den Beschuldigten jederzeit aufklären (Vgl. LK II Vorbem. 22 zum 11. Abschn., Peters S. 191 f, RG 37, 321). Das Herausfordern eines Geständniswiderrufs kann im Einzelfall auch Begünstigung sein (vgl. dazu Köhler GS 61. 44 (69), OLG Oldenburg GA 56, 189, BGH NJW 52, 894 mit Anm. Güppers).

14) BGH bei Dallinger MDR 57, 267, s. a. Gallas ZStW 53, 256 (268) LK II Vorbem. 25 zum 11. Abschn., von Liszt DJZ 01, 179 (181)

15) LK II Vorbem. 20 zum 11. Abschn. und Peters S. 205

2. Teil

ÜBERBLICK ÜBER DIE GESCHICHTE DER VERTEIDIGUNG

§ 6 1. Abschnitt: Das römische Recht

1) Das Bild des Strafverfahrens der römischen Frühzeit ist trotz zahlreicher, auf uns überkommener Quellen recht lückenhaft, da die Quellen in dieser Hinsicht meist schweigen oder doch zumindest nicht eindeutig sind.[1] So ist auch eine Darstellung der Geschichte der Verteidigung im römischen Recht mehr auf Vermutungen als auf Wissen angewiesen.[2]

Die älteste Form der Verteidigung war wohl wie bei allen Völkern auch bei den Römern die Selbstverteidigung, die in den allermeisten Fällen zulässig war und die es in allen Zeiten auch neben der später zulässigen Rechtsbeistandschaft gab[3].

2) Eine derartige Rechtsbeistandschaft entwickelte sich schon in früher Zeit auf der Grundlage der Patronatsverhältnisse. Ursprünglich trat der patronus vor Gericht als Fürsprecher seiner clientes auf, um seiner Schutzpflicht zu genügen. Als allmählich das Patronatsverhältnis vom festen, rechtlich geregelten Schutzverhältnis zum bloß gesellschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis verblaßte, übernahmen vornehme und angesehene Bürger die Rolle des patronus. Wenn es auch als hohe bürgerliche Ehre galt, als patronus aufzutreten, geschah dies dennoch keineswegs aus selbstlosen Motiven, sondern durchaus im eigenen Interesse des Vornehmen, der sich einerseits dadurch in der Rhetorik üben und seine Rechtskenntnisse erweitern, andererseits aber auch die clientes sich verpflichten und sein Ansehen vergrößern wollte.

3) Das Verhältnis zwischen Fürsprechern und Vertretern wurde als Fortsetzung des alten Patronatsverhältnisses, aus dem es ja auch hervorgegangen war, empfunden und so wurden auch die Bezeichnungen patronus und cliens üblich, nur war jetzt der cliens nicht mehr der abhängige Freigelassene, sondern

1) Kunkel Untersuchungen S. 139

2) Kunkel RRG, S. 33
Welche Entwicklung das römische Strafverfahren im Laufe der Zeit genommen hat und welche Stellung die Verteidigung in dem unterschiedlichen Verfahrensarten eingenommen hat, kann hier nicht dargestellt werden. Durch die Untersuchung Kunkels zum römischen Strafverfahren ist das zumindest in den Grundlinien akzeptierte Entwicklungsbild Theodor

Fortsetzg. siehe Seite 28, unten

der ratsuchende Angeklagte und der patronus nicht mehr der Schutzherr, sondern der Sachwalter vor Gericht, der Verteidiger.[4] Dabei ist allerdings zu bemerken, daß nicht nur der Angeklagte, sondern auch der Kläger sich durch einen derartigen Sachwalter vor Gericht vertreten lassen konnte, solange es sich bei dem Strafverfahren noch um einen Parteiprozeß handelte.

Die Rechtsbeistandschaft vor Gericht durch einen patronus beruhte auf der freien Wahl der Partei. Ob und inwieweit in früherer Zeit die Bestellung eines patronus zugunsten einer Partei möglich und üblich war, entzieht sich unserer Kenntnis. Man muß wohl annehmen, daß es eine Bestellung zunächst nicht gab, daß sich aber allmählich der Brauch entwickelte, daß auch der Partei, die sich keinen patronus wählte bzw. niemanden fand, der sie vertreten wollte, von seiten des Gerichts einen Rechtsbeistand zu bestellen. Erst in späterer Zeit legte ein prätorianisches Edikt[5] dem Gericht die Verpflichtung auf, nicht vertretenen Parteien einen Sachwalter zu bestellen. Notwendig im heutigen Sinn war die Verteidigung im römischen Strafverfahren aber wohl trotz dieses Edikts nie, auch wenn die Gesetze dem Angeklagten viel Raum für seine Verteidigung gewährten.[6]

3) Neben den patroni traten zur Unterstützung des Angeklagten auch noch andere Beistände vor Gericht auf, die advocati. Sie unterstützten, ohne unmittelbar in die Verhandlung einzugreifen, entweder durch ihre bloße Anwesenheit oder durch Ratschläge, namentlich in Rechtsfragen, den Angeklagten bzw. den patronus.[7]

Fortsetzg. der Fußn. 2) von Seite 27):
Mommsens so sehr in Frage gestellt worden, daß ein Versuch, sich mit der Entwicklung des römischen Strafverfahrens auseinanderzusetzen oder auch nur in etwa auf einzelne Verfahrensarten einzugehen, den Rahmen der vorliegenden Arbeit völlig sprengen würde. Es soll daher nur die Entwicklung der Verteidigung als solcher dargelegt werden.

3) Mommsen S. 149, 376, Vargha S. 33

4) Vargha S. 34

5) zititiert bei Vargha S. 36 (Anm. 10), vgl dort auch zum ganzen

6) Vargha S. 48, insb. Anm. 3
Welche großzügigen, vielleicht sogar übertriebenen Möglichkeiten ein Angeklagter zu seiner Verteidigung hatte, zeigt, daß er sich - während wohl ursprünglich für einen Angeklagten nur ein patronus auftreten konnte - in späterer Zeit von mehreren Sachwaltern, - zeitweise bis zu 12 - vor Gericht verteidigen lassen konnte (vgl. Vargha S. 36, 51, Mommsen S. 377, Kunkel RRG S. 67).

7) Vargha S. 37, Mommsen S. 377, bes. Anm. 7

4) Das Prinzipat brachte, wie für das ganze Strafverfahren, auch für die Verteidigung eine Wandlung. Der Strafprozeß verlor seine große politische Bedeutung.[8] Dies brachte es mit sich, daß die Übernahme der Verteidigung nicht mehr als Ehre galt. Bis zur Mitte der Kaiserzeit konnte zwar noch wie bisher jeder Bürger die Verteidigung eines Angeklagten führen, doch schwand das Interesse der Bürger hieran stark, da man einerseits auf diese Weise kein Ansehen mehr erringen konnte, andererseits aber auch mehr und mehr Gesetzeskenntnis und strenge juristische Bildung Voraussetzung für ein erfolgreiches Auftreten vor Gericht wurden.[9] Es bildete sich langsam ein Stand rechtsgelehrter Beistände, jetzt regelmäßig als advocati bezeichnet, die schließlich in der zweiten Hälfte der Kaiserzeit als einzige noch vor den Gerichten auftreten durften. Dieser neu entstandene Advokatenstand errang hohes Ansehen, obwohl er in gewisser Abhängigkeit zu den Gerichten stand. Seine Mitglieder, die sich durch Gesetzeskenntnis und formelle juristische Bildung und nicht mehr allein durch rednerische Begabung und politischen Einfluß auszeichneten[10], bestimmten wesentlich die Entwicklung des gesamten römischen Rechts und damit auch des Strafverfahrensrechts, in dem zwar die Verteidigung nicht mehr so freizügig war und nicht mehr so viele Möglichkeiten bot wie in früherer Zeit, daß aber dem Beschuldigten genügend Zeit und Gelegenheit zur Verteidigung gewährte und in den meisten Fällen auch eine Verteidigung durch einen advocatus zuließ.[11]

---

8) Mommsen S. 378 Anm. 9, Vargha S. 64 f

10) Vargha S. 66

11) Kunkel RRG S. 71 f

§ 7 2. Abschnitt: Das kanonische Recht

1) Das ursprüngliche Verfahren vor den kirchlichen Gerichten war ziemlich formlos und bestand im Grunde aus einer völlig freien Verhandlung der Parteien. Man kann daher annehmen, daß der Beschuldigte sich selbst verteidigen konnte und daß auch Fürsprecher für ihn auftreten durften. [1]

2) Unter dem Einfluß des römischen Rechts nahm das Verfahren dann etwa im 7. Jahrhundert strengere Formen an, doch konnte sich auch in diesem Verfahren der Beschuldigte noch verteidigen, vor allem durch den Reinigungseid. [2] Innocenz III führte dann zu Beginn des 13. Jahrhunderts bedeutende Neuerungen auf dem Gebiet des Strafverfahrens ein, so vor allem die inquisitio, die bald zum regelmäßigen Verfahren wurde und die die anderen zulässigen Verfahrensarten in den Hintergrund drängte. [3] Kernpunkt dieses Verfahrens, dessen Ziel die Erforschung der objektiven Wahrheit war, war die Einleitung und die Untersuchung des Verfahrens von Amts wegen, doch konnte und sollte der Richter sich bei der Suche nach der Wahrheit von den Parteien unterstützen lassen. So war dem Beschuldigten auch eine Verteidigung möglich, und er konnte sich auch eines Verteidigers bedienen. [4]
Lediglich bei der Ketzerinquisition, vor allem der spanischen, einer Abart der gewöhnlichen kanonischen Inquisition, war die Verteidigung recht beschränkt, da es weniger Aufgabe des Verteidigers war, den Beschuldigten zu verteidigen, als vielmehr, ihn zu einem Geständnis zu veranlassen. [5]

---

1) Vargha S. 67 f
2) Vargha S. 70 ff
3) Vargha S. 74 f
4) Vargha S. 76
5) Vargha S. 81, 84

§ 8 3. Abschnitt: Das französische Recht

1) Das altfranzösische Strafverfahren beruhte auf den Grundlagen des germanischen Verfahrens.[1] Über eine Mischform des Accusations- und Inquisitionsverfahrens, in dem sich der Angeklagte eines Verteidigers bedienen durfte, entwickelte es sich zu einem schriftlichen geheimen Inquisitionsprozeß, in dem der Angeklagte mehr und mehr in seiner Verteidigung beschränkt und eine solche letztlich ganz ausgeschlossen wurde.[2]

2) Eine Wandlung brachte erst die Revolution von 1789: Der Angeklagte erhielt wieder die Möglichkeit, sich zu verteidigen bzw. verteidigen zu lassen, auch wenn die Verteidigung, zumal im Vorverfahren, noch in vieler Hinsicht beschränkt war.[3]

Mit dem Code d'Instruction Criminelle von 1808 erhielt der Angeklagte das Recht, sich vor allen Gerichten durch einen Advokaten oder Anwalt - advocats et avoués - verteidigen zu lassen. Im Verfahren vor den Schwurgerichten mußte er verteidigt werden. Dementsprechend wurde ihm, soweit er sich nicht selbst einen Verteidiger wählte, vom Präsidenten des Gerichts ein solcher bestellt.[4]

3) Nach dem heute geltenden Code de Procédure Pénale hat der Angeklagte, sobald ihm vom Untersuchungsrichter mitgeteilt ist, welche strafbare Handlung ihm zur Last gelegt wird, das Recht auf den Beistand eines Anwalts, den er sich selbst wählen oder aber durch den Präsidenten der französischen Anwaltskammer, den Batonier des Barreaus, bestellen lassen kann. In einem Verfahren vor dem Schwurgericht muß er sich verteidigen lassen.[5]

---

1) Vargha S. 219; vgl. unten § 12
2) Vargha S. 221 ff
3) Vargha S. 225 f; Kern S. 286
4) Vargha S. 230
5) Kern S. 287/8, Kern GVG S. 368

§ 9 4. Abschnitt: Das englische Recht

1) Bei den Angelsachsen gab es ursprünglich nur die Selbstverteidigung und auch diese nur in ganz bestimmter Weise: Der Angeklagte konnte sich nur verteidigen, indem er, allein oder mit Eideshelfern, seine Unschuld beschwor oder sich einem Gottesurteil unterwarf. [1] Als weiteres Verteidigungsmittel kam nach dem Einfall der Normannen in England der Zweikampf gegen den Kläg hinzu. Das Gottesurteil sank immer mehr im Ansehen. Damit änderte sich auch das Strafverfahren erheblich. Der Angeklagte erhielt das Recht, sich durch das Zeugnis von zwölf seiner Gemeindegenossen verteidigen zu lassen. Diese hatten aus eigenem Wissen, ohne daß in ihrer Gegenwart eine Verhandlung der Parteien stattfand, die Wahrheit zu beschwören. Sobald zwölf Zeugen eine übereinstimmende Aussage gemacht und beschworen hatten, stand das Urteil fest, wobei allerdings die Aussagen nicht nur auf das Tatsächliche beschränkt waren, sondern auch eine rechtliche Würdigung enthielten. [2]

2) Aus diesem Verfahren entwickelte sich dann das im wesentlichen noch heute in England geltende Strafverfahren. Im Laufe der Zeit kam es immer häufiger vor, daß die "Geschworenen" über die Sache, über die sie aus eigenem Wissen aussagen sollten, nichts oder wenig wußten und so wurde es üblich, daß man ihnen zunächst schriftliches Beweismaterial vorlegte und später auch vor ihnen Zeugen vernommen wurden. So wurde allmählich aus der Aussage der Gemeindegenossen der Wahrspruch der Geschworenen und aus dem Verteidigungsmittel des Angeklagten das erkennende Gericht. Es dauerte hierbei recht lange bis dem Angeklagten nicht nur gestattet wurde, sich auf die Jury zu berufen, sondern dieser auch die Möglichkeit erhielt, sich vor der Jury selbst zu verteidigen.

3) Durch einen Verteidiger durfte der Angeklagte sich zunächst nicht vertreten lassen, soweit ihm hierzu nicht ausdrücklich die Erlaubnis vom König erteilt worden war. [3] Falls allerdings eine Rechtsfrage strittig war, konnte ein Anwalt hinzugezogen werden, der dann aber nur über die Rechtsfrage, aber nicht über die Schuldfrage sprechen durfte. Dies blieb auch grundsätzlich bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts so. Mit Duldung der Richter wurde es jedoch bald üblich, daß ein auf Grund einer bestehenden Rechtsfrage beigezogener Anwalt den Angeklagten zu unterrichten pflegte, welche Fragen er an den Zeugen richten sollte, und daß er ihn auch sonst belehrte.

---

1) Vargha S. 239 f
2) Vargha S. 240 ff
3) Vargha S. 259

Erst durch Gesetz vom 20. 8. 1836 erhielt der Angeklagte das Recht, sich in jedem Verfahren durch einen Anwalt verteidigen zu lassen.[4] Heute kann sich der Angeklagte in jedem Verfahren, sei es vor dem Geschworenengericht oder dem Quartalsgericht, bei denen eine Jury entscheidet, sei es vor dem Friedensrichter oder dem Polizeirichter, die allein entscheiden, durch einen oder mehrere Verteidiger vertreten lassen und dies auch in jedem Stadium des Verfahrens.[5]

---

4) Vargha S. 260
5) Kern S. 285

§ 10 5. Abschnitt: Das österreichische Recht

1) Das österreichische Strafverfahren hat nahezu die gleiche Entwicklung genommen wie das deutsche.[1] Bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts herrschte der Inquisitionsprozeß, der dann 1873 von einem modernen Strafverfahren abgelöst wurde.

2) Heute ist die Verteidigung dem Angeklagten in jedem Fall freigestellt, darüberhinaus in manchen Fällen vorgeschrieben. Macht der Angeklagte in einem Fall der notwendigen Verteidigung keinen Gebrauch von seinem Recht zur Wahl eines Verteidigers, wird ihm ein solcher vom Gericht bestellt.[2]

Darüberhinaus muß dem Angeklagten auf seinen Antrag in jedem Strafverfahren für die Hauptverhandlung sowie für einige andere Verfahrenshandlungen ein Armenvertreter bestellt werden, sofern er nicht in der Lage ist, die Verteidigungskosten zu tragen.[3]

---

1) vgl. unten § 12
2) § 41 III österr. StPO
3) § 41 II österr. StPO

§ 11 6. Abschnitt: Das italienische Recht

Auch das italienische Recht, das aus dem römischen Recht hervorgegangen ist, kannte bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts nur den Inquisitionsprozeß, in dem eine Verteidigung zwar in manchen Fällen möglich, im wesentlichen aber ohne große Bedeutung war. Unter dem Einfluß des französischen Rechts entwickelte sich im vorigen Jahrhundert ein Strafverfahren, das in seinen Grundzügen mit dem deutschen Verfahren übereinstimmt. Hinsichtlich der Verteidigung unterscheidet es sich von diesem aber insofern, als der Angeklagte, in jedem Fall durch einen Verteidiger vertreten sein muß.[1] Der Angeklagte hat das Recht, sich einen Verteidiger zu wählen und nur, wenn er dieses Recht nicht ausübt, wird ihm ein Anwalt als Verteidiger bestellt.

1) Art. 24 II der italienischen Verfassung garantiert die Verteidigung in jedem Strafverfahren.

§ 12 7. Abschnitt: Das deutsche Recht

I. Das germanische und das mittelalterlich-deutsche Verfahren

1) Das germanische Gerichtsverfahren der Frühzeit unterscheidet nicht zwischen Zivil- und Strafverfahren. Es war als reiner Parteiprozeß ausgestaltet und wurde als Kampf der Parteien angesehen. Vor dem Gericht - dieses bildete die Gesamtheit der Volksgenossen, die auf den Vorschlag rechtskundiger, zunächst für den Einzelfall und später für eine bestimmte Zeit gewählter Männer Recht sprachen - mußte der Verletzte oder seine Sippe Klage erheben und den Beklagten zur Antwort auf die Klage auffordern.[1] Der Beklagte konnte dann entweder die Klage voll bejahen, worauf sofort die Verurteilung erfolgte, oder aber die Klage in ihrem ganzen Inhalt Wort für Wort verneinen.[2] Tat er letzteres, wurde er zum Beweis zugelassen, konnte diesen aber nur in genau vorgeschriebener Weise erbringen; Entweder konnte er selbst seine Unschuld beschwören - wobei dieser Reinigungseid oft durch den Eid einer bestimmten Anzahl von Eideshelfern unterstützt werden mußte, die der Angeklagte selbst beizubringen hatte und die nicht die Unschuld des Beklagten beschworen, sondern allein die Reinheit des Eides[3] - oder ferner sich einem Gottesurteil unterwerfen, sich also zum Beispiel der Wasser- oder Feuerprobe unterziehen oder auch den Zweikampf mit dem Kläger wählen.[4]

2) Dieses altgermanische Verfahren blieb in seinen Grundzügen bis zur Mitte des Mittelalters erhalten.[5] Die Einleitung des Verfahrens war in der Regel[6] Sache des Klägers, gegen dessen Klage sich der Beklagte verteidigen konnte. Ziel des Verfahrens war nach wie vor nicht die Suche nach der materiellen Wahrheit, sondern der Erbringung des formellen Beweises. Äußerst strenge Formen beherrschten das Verfahren. So mußte der Beklagte, der immer noch die Klage ihrem ganzen Inhalt nach zu verneinen hatte und sich dabei größtenteils bestimmter Wortformeln bedienen mußte, bei seiner Verteidigung vor

1) Brunner I S. 253, Vargha S. 91 ff, 144, Kern S. 264
2) Brunner I S. 255, Eb. Schmidt, Einführung S. 37
3) Eb. Schmidt, Einführung S. 38
4) Brunner I S. 259, Kern S. 264
5) Wesentliche Änderungen erfuhr nur die Gerichtsverfassung, wodurch aber das Verfahren vor den Gerichten hinsichtlich der Verteidigung kaum beeinflußt wurde, so daß auf diese Entwicklung nicht eingegangen werden soll (vgl. dazu etwa Kern S. 264, Mitteis S. 68 f, 75, 118 f)
6) z. T. entwickelte sich schon eine amtliche Verbrechensverfolgung (Eb. Schmidt, Einführung S. 40 f)

allem darauf achten, sich nicht zu versprechen. Denn ein Versprechen barg die Gefahr des Prozeßverlustes in sich, da das einmal Gesagte nicht mehr korrigiert werden durfte und der Beklagte somit allein meist durch ein Versprechen einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil erlitt, weil er die Klage nicht mehr in ihrem vollen Umfang verneinen konnte.[7]

Die Gefahr, die dieser übertriebene Formalismus mit sich brachte, war unerträglich. Das führte schon in fränkischer Zeit dazu, daß es dem Beklagten gestattet wurde, sich bei der Abgabe seiner Erklärungen vor Gericht der Hilfe eines Beistandes, des "Vorsprechers" zu bedienen.[8] Da zudem der Beklagte die Worte des Vorsprechers nicht unbedingt gegen sich gelten lassen mußte, sie vielmehr widerrufen oder verbessern konnte, wurde es bald üblich, daß sich jeder Beklagte der Hilfe eines Vorsprechers versicherte.[9] Dies war ihm auch in den meisten Fällen gestattet[10], in einigen Lokalrechten sogar vorgeschrieben. In manchen Fällen konnte und sollte dem rechtsunkundigen Beklagten - etwa wenn er arm oder unmündig war - ein Vorsprecher vom Gericht bestellt werden[11].

Außer dem Vorsprecher konnte für den Beklagten auch ein anderer Rechtsbeistand vor Gericht auftreten, der als muntporo oder als advocatus bezeichnet wurde. Im Unterschied zu dem Vorsprecher, der ausschließlich den vor Gericht anwesenden Beklagten im Wort vertrat, erschien der "Anwalt" anstelle des Beklagten vor Gericht, um dessen Sache zu führen. Eine derartige Stellvertretung war jedoch in den allermeisten Fällen unzulässig, und nur ausnahmsweise mit königlicher Erlaubnis gestattet.[12]

---

7) Vargha S. 145 f (insb. S. 145 Anm. 7)

8) Brunner II S. 465, 469; nicht nur dem Beklagten, sondern auch dem Kläger konnte meist in allen gerichtlichen Angelegenheiten ein Vorsprecher zur Seite stehen (Vargha S. 149); der Vorsprecher wurde auch Fürsprecher genannt (Vargha S. 148)

9) Vargha S. 148, Brunner II S. 465/6, von Schwerin S. 216

10) Ausnahmen vgl. bei Vargha S. 150 f

11) Brunner II S. 468

12) Brunner II S. 469/70, Conrad S. 385/6

II. Der Inquisitionsprozeß

1) Erst ab dem 13. Jahrhundert erfuhr das bisherige Strafverfahren, das in den einzelnen Gebieten Deutschlands bis dahin zwar eine unterschiedliche Entwicklung genommen hatte, in den Grundzügen aber gleich geblieben war, eine wesentliche Wandlung[1]: An die Stelle des Anklageverfahrens trat mehr und mehr ein Offizialverfahren mit Inquisition; die öffentliche und mündliche Verhandlung der Parteien vor dem Gericht wich allmählich einem schriftlichen und geheimen Verfahren, in dem der Richter zugleich der Kläger war und der Angeklagte nur noch als Untersuchungsobjekt angesehen wurde.[2] Vorteile bot dieses Verfahren gegenüber dem früheren zwar insofern, als sein Ziel nun die Erforschung der Wahrheit war und so der Zeugenbeweis in das Verfahren eingeführt wurde. Als Kernpunkt des Beweisverfahrens galt aber das Geständnis, und dieses versuchte man daher mit allen Mitteln, notfalls auch der Folter, zu erreichen.

2) Das Inquisitionsverfahren entwickelte sich aus seinen Anfängen heraus - ab dem 15. Jahrhundert vor allem beeinflußt durch die Rezeption des römisch-italienischen Rechts -[3] bis zum 16. Jahrhundert zu einem geschlossenen System. In sämtlichen Partikulargesetzen des ausgehenden 15. und des beginnenden 16. Jahrhunderts[4] herrschte das Inquisitionsverfahren vor. Auch die Constitutio Criminalis Carolina, die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532, die als erste "deutsche Strafprozeßordnung"[5] angesehen

---

1) von Schwerin S. 217, Kern S. 265, Planitz S. 305
Etwa zur selben Zeit beginnt der Zivilprozeß sich vom Strafverfahren abzuspalten. In einer langsamen Entwicklung, die zunächst zwischen peinlichen und bürgerlichen Klagen unterscheidet, gleichzeitig aber noch gemischte Klagen kennt, und erst später eine Verbindung nicht mehr zuläßt, vollzieht sich die Trennung.

2) Eb. Schmidt Einführung S. 81 ff

3) Eb. Schmidt Einführung S. 88 f, 102 ff

4) z.B. die Nürnberger Halsgerichtsordnung von 1481 und 1526, die Maximilianischen Halsgerichtsordnungen (Tiroler Malefizordnung von 1499, Radolfzeller Halsgerichtsordnung von 1506), vor allem auch die Constitutio Criminalis Bambergensis von 1507, deren Verfasser Johann Erich Freiherr von Schwarzenberg und Hohenlandsberg später an der Ausarbeitung der Carolina mitarbeitete (Eb. Schmidt Einführung S. 97 ff)

5) Die PGO war nicht nur Strafprozeßordnung, sondern zugleich Strafgesetzbuch, wie dies später auch vielfach bei den Partikulargesetzen der Fall war.

werden muß, kannte in der Hauptsache nur die Inquisition.[6] Die PGO bestimmte für die kommenden Jahrhunderte die Form des gemeinen deutschen Strafprozesses, dessen Schwerpunkt die einseitige Tätigkeit des Richters, deren Objekt der Angeklagte war, bildete. Noch die Kodifikationen des Strafprozeßrechts im 18. Jahrhundert hielten am Inquisitionsprinzip fest.[7]

3) Mit dem Aufkommen des Inquisitionsverfahrens wurde die Verteidigung mehr und mehr beschränkt: Zunächst konnten für den Angeklagten zwar noch Vorsprecher auftreten, doch waren diese von den Gerichten in vieler Hinsicht abhängig, da sie von diesen angestellt waren, beaufsichtigt wurden und überdies sogar mit Bußen oder durch zeitweiligen oder endgültigen Ausschluß vom Vorsprecheramt bestraft werden konnten.[8]

Auch die Carolina erkannte das Recht des Angeklagten auf Verteidigung grundsätzlich noch an. In erster Linie lag sie jedoch bei dem Richter, dem Inquirenten, der neben den Funktionen als Ankläger und als Richter auch noch die des Verteidigers auszuüben hatte, so daß der Angeklagte angewiesen war, auf die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Richters, auf die aber bei dessen meist vorherrschendem Bestreben, den von ihm selbst zur Untersuchung gezogenen Inquisiten zu überführen, selten Verlaß war. Daneben war es dem Angeklagten auch noch erlaubt, sich einen Mitbürger oder Schöffen zum Vorsprecher zu wählen oder sich aus dem Kreis der letzteren einen Rechtsbeistand vom Gericht bestellen zu lassen.[9] Der Einfluß eines derartigen Rechtsbeistandes auf das Verfahren war jedoch gering: Wenn ihm auch gestattet war, während der Untersuchung mit dem Angeklagten zu verkehren und vor dessen Befragung unter der Folter zur Frage der Schuld Stellung zu nehmen, so beschränkte sich seine Tätigkeit doch hauptsächlich auf das Auftreten[10] bei dem "endlichen Rechtstag", der nach dem Abschluß

---

6) Die PGO enthielt auch ein Accusationsverfahren, doch unterschied es sich vom Inquisitionsverfahren lediglich dadurch, daß es durch einen privaten Kläger und nicht von Amts wegen eingeleitet wurde; im Laufe des Verfahrens ging es in das Inquisitionsverfahren über (von Schwerin S. 351, Kern S. 267, Planitz S. 306, Vargha S. 173, Eb. Schmidt Einführung S. 117, 119 f)

7) So z.B. 1751 der Codex Maximilianeus Juris Bavarici Criminalis von Kreittmayer oder 1768 die österr. Constitutio Criminalis Theresiana

8) Vargha S. 170

9) Vargha S. 179

10) Über die Rechte des Vorsprechers in der Schlußverhandlung s. Art. 90 PGO (bei Vargha S. 179 Anm. 3).

der Untersuchungen folgenden öffentlichen und mündlichen Verhandlung, bei dem aber nicht wie bei der heutigen Hauptverhandlung verhandelt, Beweis erhoben und das Urteil gefällt, sondern lediglich das schon vorher im schriftlichen und geheimen Verfahren längst gesprochene Urteil verkündet wurde.[11] Die teilweise vertretene Ansicht[12], in manchen Fällen habe der Richter im Verfahren nach der PGO einen derartigen Rechtsbeistand bestellen müssen, erscheint zweifelhaft und wenig überzeugend, da die Verteidigung des Angeklagten nach damaliger Auffassung garnicht erforderlich war, weil der Richter die materielle Wahrheit erforschte und damit auch alle zugunsten des Angeklagten sprechenden Tatsachen ermittelte.

4) Im gemeinen Strafprozeß verlor die Verteidigung schließlich jede Bedeutung. In der Theorie galt sie zwar noch als Recht des Angeklagten und als - allerdings unwesentlicher - Bestandteil des Verfahrens und so sollten dem Angeklagten, um ihm überhaupt eine Verteidigung zu ermöglichen, alle gegen ihn bestehenden Verdachtsgründe und alle vorhandenen Beweismittel mitgeteilt werden.[13] In der Praxis aber war der Angeklagte der Untersuchung nahezu wehrlos ausgesetzt. Dem Richter räumte man immer mehr grenzenlose Freiheit zu seiner Untersuchung ein und hielt es für durchaus berechtigt, wenn er sich über zum Schutz des Angeklagten bestehende Vorschriften hinwegsetzte, sofern dies nur dazu diente, die Wahrheit zu finden. Unter Wahrheit verstand man in der Praxis dann allerdings nahezu ausschließlich die Überführung des Angeklagten. Man versuchte dabei mit allen Mitteln, vor allem der Folter, den Angeklagten zum Geständnis zu bringen.[14] Das Eingreifen eines Verteidigers in die Untersuchung sah man als überflüssig an und darüberhinaus sogar als schädlich, da der Verteidiger ja nur einseitig zum Schutz des Angeklagten tätig wurde, also nicht nach der Wahrheit forschte und somit den Untersuchungszweck gefährdete.[15] So erschwerte man dem Verteidiger, soweit er überhaupt zugelassen wurde, seine Tätigkeit oder machte sie ihm sogar völlig unmöglich, indem man ihm während der Untersuchung den Verkehr mit dem Angeklagten, der meist völlig von der Umwelt abgeschlossen war,

11) Kern S. 268, Vargha S. 173
12) Vargha S. 180 mit Nachweisen (Anm. 4)
13) Vargha S. 181, 200
14) Vargha S. 188 ff
15) Vargha S. 193

versagte und ihm die Akteneinsicht verweigerte.[16]
Zu einer eigentlichen Verteidigung kam es meist erst nach dem Abschluß der Untersuchung.[17] Dann erst durfte der Verteidiger - auch nur in Gegenwart einer Gerichtsperson - mit dem Angeklagten verkehren und in die Gerichtsakten einsehen. Aber auch diese Schlußverteidigung war keine vollgültige Verteidigung, da der Verteidiger sich damit begnügen mußte, eine Verteidigungsschrift mit einer juristischen Würdigung des Akteninhalts bei Gericht einzureichen, die dann zwar zu den Akten genommen wurde, das Urteil des Gerichts aber nur in den seltensten Fällen beeinflussen konnte. Denn die Untersuchung wurde immer erst abgeschlossen, wenn der Angeklagte ein Geständnis abgelegt hatte oder sonst überführt worden war, oder aber feststand, daß er trotz aller Bemühungen nicht werde überführt werden können.

So blieb der Angeklagte im Inquisitionsverfahren letztlich unverteidigt, zumal die "Verteidiger" die Verteidigung meist nur unlustig und flüchtig führten,[18] da ihnen einerseits nur derart wenige Möglichkeiten zu ihrer Tätigkeit eingeräumt waren und ihnen andererseits die Gerichte voll Mißtrauen gegenüberstanden. Einen Fortschritt auf dem Gebiete der Verteidigung brachte die Entwicklung in dieser Zeit lediglich insofern, als sich allmählich der Gedanke durchsetzte, nur ein Rechtskundiger könne eine Verteidigung wirkungsvoll führen, und deshalb nur noch rechtsgelehrte Advokaten zugelassen wurden. Wesentliche Vorteile brachte dies dem Angeklagten erst in der Zeit des Accusationsprozesses.[19]

16) In den einzelnen Partikularrechten verlief die Entwicklung recht unterschiedlich. Um diese Unterschiede zu verdeutlichen, sollen kurz einige Beispiele erwähnt werden: Nach den österr. Prozeßgesetzen von 1788 und 1803 war die Verteidigung im ersten Rechtszug überhaupt nicht zugelassen (Vargha S. 215/6). Im Gegensatz dazu bestand in manchen Gebieten ein Gerichtsbrauch, wonach bei mit Lebens- oder Leibesstrafen bedrohten Delikten nicht eher auf Folter oder Strafe erkannt werden durfte, als der Angeklagte, selbst gegen seinen Willen, verteidigt worden war (Vargha S. 193). Dieser Gerichtsbrauch fand in manchen Partikulargesetzgebungen seinen Niederschlag; so z.B. in der Hannoverschen Kriminalinstruktion von 1736, dem bayer. Strafgesetzbuch von 1813 und der preußischen Kriminalordnung von 1805, nach denen die Verteidigung oder doch zumindest die Schlußverteidigung in mehr oder weniger großem Umfang gestattet und teilweise sogar notwendig war (vgl. Vargha S. 194 Anm. 5, 196 Anm. 6)

17) Vargha s. 200 f., Eb. Schmidt Einführung S. 188, 266 f.

18) Vargha S. 201 f.

19) Vargha S. 199

III. Der reformierte deutsche Strafprozeß

1) Im 18. Jahrhundert bahnte sich unter dem Einfluß der Aufklärung mit ihren Forderungen nach Vernunft, Menschlichkeit und Achtung der Würde eines jeden Menschen eine grundsätzliche Wandlung des Strafverfahrens an, wenn auch das Gefüge des Inquisitionsprozesses zunächst nicht wesentlich erschüttert wurde. Als unmittelbarer Erfolg der Aufklärung kann nur die allmähliche Abschaffung der Folter, des wohl unmenschlichsten Teils des Inquisitionsverfahrens, angesehen werden. Auch dies war aber kein voller Erfolg, da an die Stelle der Folter noch für lange Zeit endlose und qualvolle Untersuchungshaft und zahllose Verhöre traten, durch die der Beschuldigte zermürbt werden sollte. [1]

2) Obwohl die Aufklärung sich auf dem Gebiet des Strafverfahrens somit kaum unmittelbar bemerkbar machte, beeinflußte sie die Entwicklung des deutschen Strafverfahrens in entscheidendem Maße: Nach dem Vorbild des französischen Strafverfahrensrechts, das im Gefolge der durch die Aufklärung ausgelösten französischen Revolution nach Deutschland gekommen war, und unter dem Einfluß des ebenfalls auf der Aufklärung und der französischen Revolution fussenden deutschen Liberalismus entstanden in der Mitte des 19. Jahrhunderts in fast allen deutschen Staaten neue Strafprozeßordnungen. [2]

3) Dieser, in den einzelnen Partikulargesetzen unterschiedlich geregelte "reformierte deutsche Strafprozeß" entsprach in seinen Grundzügen dem heute geltenden Strafverfahrensrecht. An die Stelle des geheimen schriftlichen Inquisitionsverfahrens trat der öffentliche und mündliche Anklageprozeß. Schwerpunkt des Verfahrens war nicht mehr die Untersuchung durch den

---

1) Eb. Schmidt Einführung S. 257 ff. Kern S. 269 ff

2) z.B. Württemberg 1843 und 1868. Bayern 1848 und 1861. Preußen 1849. Baden 1815 und 1864.
Schon vorher wurde die napoleonische Gesetzgebung und damit der Code d'Instruction Criminelle als unmittelbar geltendes Recht in den linksrheinischen Gebieten Deutschlands nach deren Angliederung an Frankreich eingeführt, wo sie auch nach dem Sturz Napoleons noch lange Zeit in Geltung blieben. Auch über diese Gebiete machte sich der Einfluß des französischen Verfahrens in ganz Deutschland bemerkbar (Eb. Schmidt Einführung S. 320, Kern S. 271).

Richter[3], sondern die Hauptverhandlung, in der durch unmittelbare Beweiserhebung und Erörterung des gesamten Prozeßstoffes mit und unter den Parteien - dem Vertreter der Staatsanwaltschaft, der neu gebildeten Anklagebehörde, und dem Angeklagten -die für die Urteilsfällung allein maßgebliche Grundlage ermittelt wurde.[4]

Das Strafverfahren sah man dabei als Kampf der Parteien an, aber als Kampf, der ausschließlich der Ermittlung der Wahrheit dienen sollte, also nicht eigentlich auf Sieg oder Niederlage einer Partei abzielte. In dieser Auffassung vom Wesen des Strafverfahrens lag es begründet, daß dem Angeklagten weiter Raum zu seiner Verteidigung gewährt wurde. Denn einen gerechten und erfolgreichen Kampf der Parteien um die Wahrheit sah man nur dann als gewährleistet an, wenn der Angeklagte im wesentlichen die gleichen Rechte wie die Staatsanwaltschaft hatte. Dies bedeutete vor allem, daß man dem Angeklagten nicht nur das Recht zugestand, sich selbst zu verteidigen, sondern ihm auch in allen Fällen gestattete und darüberhinaus in einigen Fällen sogar zwang, sich bei der Verteidigung der Hilfe eines Anwalts zu bedienen.

---

3) Die Untersuchung durch den Richter bestand teilweise fort in der Form der gerichtlichen Voruntersuchung, die nach wie vor inquisitorisch ausgebildet war. Ziel dieser Untersuchung war aber nur noch allein die Überprüfung des gegen den Beschuldigten bestehenden Verdachts und die Sammlung des Be - und Entlastungsmaterials zur Vorbereitung der Hauptverhandlung, nicht mehr dagegen die Überführung des Angeklagten.

4) Eb. Schmidt Einführung S. 321

IV. Die Reichsstrafprozeßordnung

1) Nachdem mit der Gründung des Kaiserreichs die Zuständigkeit zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts von den Einzelstaaten an das Reich übergegangen war, wurde am 1. Februar 1877 die Reichsstrafprozeßordnung erlassen, die für Deutschland eine Vereinheitlichung des Strafverfahrens auf dem Boden des reformierten Strafprozesses brachte. Trotz mehrfacher Reformbestrebungen[1] blieb das Verfahren RStPO bis 1933 im Ganzen unverändert. Unter der Herrschaft des Nationalsozialismus kam es dann zwar zu einigen Teilreformen, die Grundzüge des Verfahrens wurden in der Theorie aber auch in dieser Zeit beibehalten.[2] In der Praxis kam es allerdings zu wesentlichen Neuerungen, da die Justiz in Abhängigkeit zur Regierung bzw. der Partei gebracht wurde und Recht zu sprechen hatte nach dem Grundsatz "Recht ist, was dem Staate nützt".
Das Strafverfahren war vielfach, namentlich vor dem Volksgerichtshof und den Sondergerichten, nur noch eine reine Formsache, die nicht selten ausschließlich zu Propagandazwecken diente.[3]

Nach dem Zusammenbruch des 3. Reichs kam es, da die Gesetzgebungszuständigkeit zunächst bei den Ländern lag, wie auf allen Gebieten auch im Strafverfahrensrecht zu einer weitgehenden Rechtszersplitterung und Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung, bis durch das Vereinheitlichungsgesetz von 1950 die Rechtseinheit, allerdings nur in der Bundesrepublik, wiederhergestellt wurde.[4] Das Verfahren der am 12.9.50 neugefaßten und vor allem durch das StPÄG vom 19.12.1964 geänderten StPO ist trotz zahlreicher, meist zugunsten des Beschuldigten erfolgter Änderungen und Neuerungen in seinen Grundzügen das Verfahren der RStPO von 1877. Die Forderung nach einer grundsätzlichen Reform des Strafverfahrensrechts ist bisher erfolglos geblieben.

2) Die RStPO erkannte das Recht des Angeklagten auf Verteidigung in weitem Umfang an. Der Beschuldigte konnte sich in jedem Strafverfahren und in jedem Stadium des Verfahrens eines Verteidigers bedienen. Unter bestimmten Voraussetzungen schrieb die RStPO darüberhinaus vor, daß dem Beschuldigten, soweit er selbst keinen Verteidiger wählte, ein solcher von Amts wegen zu bestellen sei. Die Voraussetzungen, unter denen die Verteidigung notwendig

---

1) Aufzählung der Reformversuche bei Kern S. 274/5 vgl. auch Kreitmair
2) Kern S. 276
3) Eb. Schmidt Einführung S. 430 f, Kern S. 279
4) Kern S. 281

war, waren unterschiedlich und wurden im Laufe der Entwicklung ständig zugunsten des Beschuldigten erweitert.

Auch nach 1933 änderte sich die Rechtslage insoweit grundsätzlich nicht: Nach wie vor hatte der Angeklagte das Recht, sich verteidigen zu lassen; nach wie vor blieb die Verteidigung in manchen Fällen notwendig.[5] Dennoch wurden die Verteidigungsmöglichkeiten des Beschuldigten weitestgehend beschnitten: Der Nationalsozialismus hatte erkannt, daß die Verteidigung allgemein als wesentlicher Bestandteil des Verfahrens angesehen wurde.[6] In seinem Bestreben, den Anschein der Rechtsstaatlichkeit zu wahren, verbot er die Verteidigung daher nicht, versuchte aber auf verschiedene Weise, eine wirkliche Verteidigung zu verhindern.
Einmal wurden die Verteidiger, soweit dies überhaupt erforderlich war, unter erheblichen Druck gesetzt, so daß sie nicht oder nur kaum für den Angeklagten einzutreten wagten.[7] Zum anderen versuchte man, Stellung und Aufgaben des Verteidigers dahin festzulegen, daß er als gleichgeordnetes Organ der Strafrechtspflege ebenso wie Gericht und Staatsanwaltschaft in erster Linie die Interessen der Volksgemeinschaft wahrzunehmen habe und nur dann, wenn ein Widerspruch zwischen den Interessen der Gemeinschaft und denen des Angeklagten nicht mehr bestände, zugunsten des Angeklagten tätig werden dürfe; der Verteidiger sollte den Angeklagten nicht vor dem Strafanspruch schützen, sondern diesen vielmehr nur unterstützen, mithin gewissermaßen ein zweiter Staatsanwalt sein.[8] Darüberhinaus nahm man dem Beschuldigten oft auch jede Möglichkeit, sich selbst zu verteidigen. Vielfach wurde er wie zu Zeiten des Inquisitionsverfahrens durch Folterungen zu Aussagen gezwungen, mit deren Hilfe er dann "überführt" wurde. In vielen Fällen wurde der Beschuldigte auch in "Schutzhaft" genommen und in ein Konzentrationslager eingeliefert, ohne ihm in einem ordentlichen Verfahren auch nur die geringste Möglichkeit zur Verteidigung zu geben.[9]

5) Der Kreis der Fälle, in denen die Verteidigung notwendig war, wurde teils erweitert, teils verringert: Nach Art. 2 Nr. 11 AGGewVerbrG vom 24. 11. 1933 (RGBl I 1000) war die Verteidigung notwendig, soweit Sicherungsverwahrung in Betracht kam. Demgegenüber entfiel z. B. nach den Bestimmungen des § 20 der VereinfVO vom 1. 9. 39 (RGBl I 1658) die bisher notwendige Verteidigung bei Verbrechen. Weitere Einschränkungen brachten die §§ 32, 33 der ZustVO vom 21. 2. 40 (RGBl I 405), die an die Stelle der §§ 140 ff traten.

6) Sack, Der Strafverteidiger und der neue Staat, Berlin, 1935 S. 22/23; Freisler, Vorwort zu Sack, Der Strafverteidiger, in: Deutsches Rechtsleben, Heft 10/1943, S. 3 ff

7) Eb. Schmidt Einführung S. 433

8) und 9) siehe Seite 46, unten

Erst nach 1945 erhielt der Beschuldigte auch in der Praxis die Möglichkeit zur Verteidigung, die von den Strafverfahrensgesetzen der Länder und später der StPO in jedem Fall zugelassen und darüberhinaus in vielen Fällen vorgeschrieben wurde. Durch das StPÄG wurden die Voraussetzungen der Notwendigkeit der Verteidigung erneut erweitert, insbesondere die Verteidigung in allen Fällen, in denen die Hauptverhandlung des ersten Rechtszuges vor dem Landgericht stattfindet, für notwendig erklärt. [10] Die Verteidigung gilt heute als wesentlicher Bestandteil des Strafverfahrens und als unveräußerliches Recht des Beschuldigten.

---

8) Freisler aaO; Sack. Der Strafverteidiger, Deutsches Rechtsleben Heft 10/1943 S. 5 ff, s.a. Kühne, Der Verteidiger ohne fremdrechtliches Gewand, 1937, der einen beamteten Verteidiger einführen wollte.

9) Eb. Schmidt Einführung S. 430 ff (432), Kern S. 279

10) § 140 I Nr. 1
Dies hatte die Regierung bereits in dem Entwurf des VereinhG vorgeschlagen, doch war es damals bereits vom Rechtsausschuß abgelehnt worden (BT-Drucksache I/1138, S. 40)

II. Hauptteil

DIE PFLICHTVERTEIDIGUNG

1. Teil

DIE SUBSIDIARITÄT DER PFLICHTVERTEIDIGUNG

§ 13 1. Abschnitt: Die Bedeutung der Notwendigkeit der Verteidigung

I. Die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Verteidigers

1) Ist die Verteidigung notwendig, kann sich das Verfahren nur fortentwickeln, wenn ein Verteidiger mitwirkt. [1] Ob es sich hierbei um einen Wahl- oder um einen Pflichtverteidiger handelt, ist gleichgültig. Sinn der Notwendigkeit der Verteidigung ist allein, daß der Beschuldigte nicht ohne den Beistand eines Verteidigers bleibt. [2] Fehlt daher nach dem Beginn der Notwendigkeit ein Verteidiger, ist das Verfahren prozeßordnungswidrig. [3]

2) Auf die Mitwirkung eines Verteidigers kann nicht einmal der Beschuldigte selbst verzichten. Die Verteidigung ist nicht nur für notwendig erklärt worden, um ihn vor dem Angriff der Staatsanwaltschaft zu schützen, sondern auch im Interesse des Staates an einer möglichst fehlerfreien Strafrechtspflege. Trotz eines ausdrücklichen Verzichts kann also dem Beschuldigten in den Fällen der notwendigen Verteidigung ein Verteidiger aufgezwungen werden. [4]

Eine Ausnahme gilt allerdings, wenn die Notwendigkeit der Verteidigung erst durch einen Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers begründet wird. [5] Der Beschuldigte braucht hier sein Antragsrecht nicht auszuüben oder kann auch ausdrücklich auf die Mitwirkung eines Verteidigers verzichten.

---

1) LK II 1 zu 140, ähnlich LR 1 zu 140, enger Kern S. 71, der die Mitwirkung des notwendigen Verteidigers nur während "der ganzen Dauer der Hauptverhandlung einschließlich der Urteilsverkündung" für erforderlich hält; notwendig sein kann die Verteidigung aber auch schon während des Vorverfahrens (vgl. vor allem § 141); s. a. Alexander ZStW Bd. 51, 54 (63).

2) LK II 1 zu 140, LR 2 zu 145, KMR 1a zu 145, RG 53, 264 (265); 65, 246 (247)

3) Über die Folgen eines derartigen Verstoßes vgl. unten § 26

4) LK II 6 zu 240, LR I 1 zu 140, KMR 7 zu 140, RG 2, 104 (106); 58, 180 (181)

Selbst wenn er bereits einen Antrag gestellt hatte, die Verteidigung also notwendig geworden war, ist ein Verzicht noch möglich, indem er den Antrag ausdrücklich zurücknimmt.[7] Sogar einen stillschweigenden Verzicht muß man als möglich ansehen. Der Wille des Beschuldigten, den Antrag nicht mehr aufrecht erhalten zu wollen, muß sich dann aber aus seinen Erklärungen oder seinem Verhalten unmißverständlich ergeben.[8] Daraus allein, daß er einen gestellten Antrag, auf Grund dessen ihm kein Pflichtverteidiger beigeordnet worden war, nicht wiederholt, sondern stillschweigend eine Fortsetzung des Verfahrens ohne Verteidiger hinnimmt, kann auf einen Verzichtswillen nicht geschlossen werden.[9]

Selbst ein ausdrücklicher Verzicht des Beschuldigten vermag die Notwendigkeit nicht zu beseitigen, wenn in einem Antragsfall nicht nur der Beschuldigte selbst antragsberechtigt ist, sondern auch sein gesetzlicher Vertreter oder die Staatsanwaltschaft und auch nur einer von ihnen die Beiordnung eines Pflichtverteidigers ebenfalls beantragt hat. Ein Verzicht kann hier nur angenommen werden, wenn alle Anträge zurückgezogen werden.[10]

Ist der Verzicht des Beschuldigten wirksam, weil nur er einen Antrag gestellt hatte, den er dann zurückzog, kann die Verteidigung wiederum notwendig werden trotz des Verzichts, wenn einer der anderen Antragsberechtigten einen neuen wirksamen Antrag stellt. Selbst wenn in einem Antragsfall die Notwendigkeit der Verteidigung nicht durch einen wirksamen Antrag begründet oder durch einen wirksamen allseitigen Verzicht wieder beseitigt worden ist, kann die Bestellung eines Pflichtverteidigers in Betracht kommen. Unter den Voraussetzungen des § 140 II ist nämlich immer eine Verteidigerbestellung von Amts wegen möglich. Ein Verzicht des Beschuldigten ist insoweit dann unbeachtlich.[11]

---

5) Die folgenden Anmerkungen zu diesem Abschnitt beziehen sich größtenteils auf Schrifttum und Rechtsprechung zu § 140 I Nr. 2 u. 5 StPO a.F. Es ist möglich, und auch geboten, auf diese Fundstellen zu verweisen, da insoweit keine Unterschiede gegenüber den Antragsfällen des heute geltenden Rechts bestehen. Heutige Antragsfälle: § 117 IV, § 350 III

6) LK II 6 zu 140, LR I 2 a u. b zu 140, RG GA Bd. 51, 52; RG 42, 95 (96)

7) LR I 2b zu 140

8) LK II 6 zu 140, LR I 2b zu 140, RG 62, 142, BGH NJW 51, 205; 58, 31

9) RG 53, 264 (265); 73, 48 (52), RGR 2, 764 (766), OLG Bremen NJW 55, 1529 (1530)

10) LK II 6 zu 140, LR I 2b zu 140

11) LK II 6 zu 140

3) Ist die Verteidigung notwendig, muß auch jedem Beschuldigten ohne Rücksicht auf seine persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten ein Verteidiger zur Seite stehen. Das Gesetz geht davon aus, daß jeder Beschuldigte befangen ist und sich daher nicht selbst ausreichend verteidigen kann bei notwendiger Verteidigung. Hinzu kommt, daß ein Verteidiger zum Teil weitergehende Befugnisse und andere Möglichkeiten als der Beschuldigte selbst hat. Die Wahrnehmung dieser Befugnisse und die Ausnutzung aller Möglichkeiten ist aber für eine wirkungsvolle und erfolgversprechende Verteidigung unerläßlich. Falls die Verteidigung notwendig ist, muß daher selbst dann ein Verteidiger am Verfahren mitwirken, wenn der Beschuldigte selbst Rechtsanwalt ist.[12]

Von Bedeutung sind die eigenen Kenntnisse und Fähigkeiten des Beschuldigten allerdings dann, wenn eine Verteidigerbestellung nach § 140 II in Betracht kommt. So wird einem Beschuldigten, der selbst Rechtsanwalt ist, ein Verteidiger in der Regel nur dann beizuordnen sein, wenn die Sache schwer oder zur Führung der Verteidigung die Kenntnis der Akten unerläßlich ist. Unterbleiben kann die Bestellung aber nur, weil die Verteidigung dann nicht notwendig ist, nicht aber, weil sie der Beschuldigte trotz der Notwendigkeit selbst führen kann.

---

12) LR I 1 zu 140, Dalcke 1 zu 140, KMR 1a zu 140, Sarstedt DRiZ 1960, 350, RG 52, 180, BGH LM Nr. 14 zu 140 StPO

II. Die Notwendigkeit der ständigen Mitwirkung eines Verteidigers in der Hauptverhandlung

1) Während bei der freiwilligen Verteidigung trotz des Ausbleibens des Verteidigers des Beschuldigten verhandelt werden kann, da der Verteidiger gem. § 226 nicht zu den Personen gehört, deren ununterbrochene Gegenwart in der Hauptverhandlung erforderlich ist, muß der notwendige Verteidiger ständig anwesend sein. Auch er ist in § 226 zwar nicht genannt. Aus § 145 I ergibt sich jedoch eindeutig, daß bei notwendiger Verteidigung nur verhandelt werden darf, wenn ein Verteidiger anwesend ist, daß also der notwendige Verteidiger ebenso wie Richter und Staatsanwalt ständig an der Hauptverhandlung teilnehmen muß.

2) Die Hauptverhandlung beginnt gem. § 243 I 1 mit dem Aufruf der Sache. Von diesem Augenblick an muß der notwendige Verteidiger anwesend sein und darf sich nur während Unterbrechungen bzw. erst nach dem Ende der Verhandlung wieder entfernen.[1]
Die zum Teil gemachte Einschränkung, die Anwesenheit des notwendigen Verteidigers sei nur bei den wesentlichen Teilen der Hauptverhandlung erforderlich, ist mißverständlich. Denn erforderlich ist die Anwesenheit des notwendigen Verteidigers immer während der ganzen Verhandlung. Eine andere Frage ist, ob und inwieweit seine Abwesenheit in einzelnen Verhandlungsteilen trotz des Erfordernisses der Anwesenheit schädlich ist. Ein Verfahrensmangel ist hier allenfalls dann zu verneinen, wenn der Verteidiger bei einer sachlich für das Verfahren gegen den Angeklagten völlig unwesentlichen Randerscheinung fehlt, wenn er sich also beispielsweise vorübergehend entfernt, während das Gericht einen Zuhörer aus dem Saal verweisen läßt oder es, ohne die Verhandlung zu unterbrechen, aber auch ohne weiter zu verhandeln, auf die Herbeischaffung eines Beweismittels wartet, oder wenn der Verteidiger ans Telefon gerufen wird und das Gericht während dieser Zeit die Verhandlung nicht unterbricht, aber auch nicht fortsetzt. Prozeßordnungswidrig ist das Verfahren aber stets, wenn der Verteidiger auch nur während eines vom Gesetz selbst

1) LK II 6 zu 145, ähnl. LR 4b zu 145

vorgeschriebenen Teils nicht anwesend ist.[2] Denn die Hauptverhandlung besteht zwar aus mehreren, von einander zu unterscheidenden Teilen und diesen Teilen kommt auch jeweils eine unterschiedliche Bedeutung für das Verfahren zu. Dies bedeutet aber nicht, daß die Hauptverhandlung als eine Aneinanderreihung wesentlicher oder unwesentlicher Bestandteile betrachtet werden kann. Sie bildet vielmehr eine Einheit, die nicht nur in ihren einzelnen Teilen, sondern in ihrer Gesamtheit den gesetzlichen Anforderungen entsprechen muß.[3] Denn in der Gesamtheit all ihrer einzelnen Teile bildet sie die Grundlage für das Urteil. Damit zeigt sich aber, daß die Abwesenheit des notwendigen Verteidigers auch nur während eines einzelnen Teils der Verhandlung schädlich ist. Denn der notwendige Verteidiger ist berechtigt und, soweit es im Interesse seines Mandanten erforderlich ist, auch verpflichtet, zu der gesamten Verhandlung Stellung zu nehmen, da sie die Grundlage des Urteils ist und dieses bei notwendiger Verteidigung eben nicht ohne die Mitwirkung eines Verteidigers gefunden werden darf. Zu einer umfassenden Stellungnahme ist er aber garnicht in der Lage, wenn er auch nur an einem für die Entscheidung wichtigen Teil der Verhandlung nicht teilgenommen hat. Bedeutung für das Urteil kommt aber jedem einzelnen vom Gesetz selbst vorgeschriebenen Teil der Hauptverhandlung zu.

---

2) So auch Eb. Schmidt (LK II 6 zu 145), der sich, abgesehen von dem Aufruf der Sache als solchem keinen Bestandteil der Hauptverhandlung "vorstellen" kann, der nicht "wesentlich" sein sollte. So im Grunde genommen wohl auch Dünnebier, LR 4b zu 145, wonach zwar nur wesentliche Prozeßhandlungen in Abwesenheit des notwendigen Verteidigers vorgenommen werden dürfen, zu den wesentlichen Prozeßhandlungen dann aber nahezu sämtliche während der Verhandlung vorgenommenen Handlungen gehören. Ähnlich auch KMR 2b zu 145, nach dem nur wenige kurze Abschnitte als unwesentlich in Betracht kommen. S.a. RG 44, 16 (17), RG Recht 1919 Nr. 692, BGH 9, 243 ff.

3) Siehe hierzu BGH 9, 243 ff; Auch hier wird zwar nur die Anwesenheit des Verteidigers bei den wesentlichen Teilen der Verhandlung gefordert, als wesentlich aber bezeichnet "die Vernehmung des Angeklagten zur Person und Sache, Verlesen des Eröffnungsbeschlusses, Beweisaufnahme", also im Grunde auch die gesamte Verhandlung, von der dann auch ausdrücklich als von einer Einheit gesprochen wird.
Vgl. auch BGH 15, 306 (308)

3) Eine Ausnahme gilt nicht einmal, soweit es sich um die Feststellung des Vorsitzenden nach § 243 I 2 handelt, ob alle Beweismittel herbeigeschafft, insbesondere die geladenen Zeugen und Sachverständigen erschienen sind.[4] Diese Feststellung soll klären, ob die Hauptverhandlung durchgeführt werden k oder ob noch Personen oder Sachen herbeigeholt werden müssen. Selbst zu dieser Frage Stellung zu nehmen ist der Verteidiger berechtigt und verpflichtet. Hält er beispielsweise das Vorhandensein eines Beweisstücks oder die Anwesenheit eines Sachverständigen vom Beginn der Verhandlung an für erforderlich oder legt er Wert auf eine bestimmte Reihenfolge der Zeugenvernehmung und damit auf die Anwesenheit eines bei Verhandlungsbeginn noch nicht erschienenen Zeugen, kann und muß er im Interesse seines Mandanten das Gericht darauf hinweisen, daß er eine spätere Beibringung des Beweisstücks oder die spätere Hinzuziehung des Sachverständigen nicht als ausreichend ansieht oder daß er die möglichst frühzeitige Vernehmung des bisher nicht erschienenen Zeugen für sehr erforderlich hält. Ob das Gericht diesem Hinweis folgt und die Verhandlung bis zur Beschaffung des Beweisstücks oder dem Erscheinen des Zeugen bzw. des Sachverständigen unterbricht und ob und inwieweit es dazu verpflichtet ist, ist eine andere, hier nicht zu behandelnde Frage. Entscheidend ist allein, daß dem Verteidiger, wenn die Verhandlung vor seinem Erscheinen begonnen wird, die Gelegenheit genommen wird, insoweit Stellung zu nehmen und den Gang der Hauptverhandlung entsprechend den Interessen der Verteidigung zu beeinflussen.

4) Auch die Vernehmung des Angeklagten zur Person kann nicht als unwesentlicher Bestandteil der Verhandlung, bei dem die Abwesenheit des notwendigen Verteidigers unschädlich ist, angesehen werden.[5] Schon die Art und Weise der Vernehmung des Angeklagten durch den Vorsitzenden kann für die Verteidigung von Bedeutung sein und dem Verteidiger beispielsweise Anlaß geben, den Vorsitzenden als befangen abzulehnen oder auch andere Anträge zu stellen bzw. Erklärungen abzugeben. Vor allem auch der Inhalt der Aussage zur Person kann und wird regelmäßig für die Verteidigung wichtig sein. So können Angaben über Vorstrafen, Rückfall, Herkunft und bisherigen Lebensgang, Vermögens- und Familienverhältnisse, Gesundheitszustand und dergleichen Art und Höhe des Strafausspruchs erheblich beeinflussen und möglicherweise auch die Schuldfrage in einem anderen Licht erscheinen lassen. Ergänzende Fragen des Verteidigers, der den Angeklagten in der Regel besser kennt als

4) aA LR IV a zu 145 unter Berufung auf RG HRR 1928, 2332

5) LK II 2a zu 140 und 6 zu 145; LR 4a zu 145, Roesen NJW 50, 359 RG 38, 216 (217); 44, 16 (18); 53, 170 (171), BGH 9, 243 (244)

der Vorsitzende, sind daher oft dringend geboten. Es ist also keineswegs möglich - wie es das OLG Stuttgart getan hat in einem Fall, in dem der notwendige Verteidiger erst nach dem Beginn der Vernehmung des Angeklagten zur Sache erschienen war[6] - , die Vernehmung des Angeklagten zur Person als nebensächlich und dementsprechend das Fehlen des Verteidigers als unschädlich zu bezeichnen. Der notwendige Verteidiger muß vielmehr unbedingt schon bei der Vernehmung der Person anwesend sein.[7] Daß er auch bei der Vernehmung des Angeklagten zur Sache[8], der Beweisaufnahme[9] und den Schlußvorträgen[10] nicht fehlen darf, bedarf keiner weiteren Erörterung.

5) Der notwendige Verteidiger muß darüberhinaus auch noch bei der Urteilsverkündung anwesend sein.[11] Nach § 260 I 1 schließt die Hauptverhandlung mit der Verkündung des Urteils. Bis zu diesem Zeitpunkt kann jeder Prozeßbeteiligte neue Anträge stellen, insbesondere die Wiedereröffnung der Beweisaufnahme verlangen, und das Gericht muß auch über diese Anträge entscheiden. In Abwesenheit des notwendigen Verteidigers darf das Urteil daher nicht verkündet werden, da ihm dadurch die Gelegenheit genommen würde, derartige Anträge zu stellen.[12]

---

6) OLG Stuttgart NJW 50, 359 mit abl. Anm. Roesen. Scharf dagegen auch Eb. Schmidt (LK II 2a zu 140)

7) So auch RG, Deutsches Recht 1939 Nr. 672 mit zustimmender Anmerkung von Hülle, der allerdings die Abwesenheit des notwendigen Verteidigers dann als unschädlich ansieht, wenn nichts Wesentliches zur Schuld- oder Straffrage aus der Vernehmung des Angeklagten zur Person entnommen werden kann.

8) RG 38, 216 (217), BGH 9, 243 (244)

9) RG 44, 16 (18), BGH 9, 243 (244)

10) Auch bei dem Schlußvortrag des Verteidigers eines Mitangeklagten muß der notwendige Verteidiger anwesend sein, da immer, zumal bei widerstreitenden Interessen, die Möglichkeit besteht, daß der Angeklagte durch dessen Ausführungen belastet wird (RG JW 30, 716)

11) LK II 6 zu 145, LR 4b zu 145, Schwarz StPO 5 zu 226, Alsberg JW 30, 3858, RG 67, 265; 63, 249 (unter ausdrücklicher Aufgabe der gegenteiligen Ansicht in RG 54, 92)

12) Der BGH (bei Dallinger MDR 57, 141) hat in einem Fall, in dem die Verteidigung nach § 140 I Nr. 3 notwendig war, die Abwesenheit des Verteidigers bei der Verkündung des Urteils, in dem dann keine Unterbringung angeordnet wurde, als unschädlich angesehen, da bei der Verkündung bereits festgestanden habe, daß das Urteil nicht mehr zur Unterbringung führen werde. Fortsetzg. siehe S. 54, unten

Dies gilt auch für die ganze Dauer der Urteilsverkündung. Sie umfaßt nach § 265 II 1 die Verlesung der Urteilsformel und die Bekanntgabe der Gründe. Bis zum Abschluß der mündlichen Begründung kann das Gericht das Urteil abändern oder auch erneut in die Verhandlung eintreten. Denn erst mit dem Ende der mündlichen Begründung ist das Urteil gesprochen. Bis zu diesem Zeitpunkt kann auch der Verteidiger noch eine Abänderung des Urteils oder den Wiedereintritt in die Verhandlung beantragen. [13] Wenn auch das Gericht einem derartigen Antrag nicht stattgeben muß, sondern nur kann[14], so folgt daraus doch, daß auch noch bis zum Ende der Begründung eine Verteidigung möglich und unter Umständen sogar geboten ist, wenn nämlich etwa das Gericht von sich aus das Urteil abändern will oder die Staatsanwaltschaft den Wiedereintritt in die Verhandlung anregt. Die Urteilsbegründung als Ganzes ist daher als wesentlicher Bestandteil der Hauptverhandlung anzusehen, bei der der notwendige Verteidiger anwesend sein muß. [15]

6) Fraglich ist, ob der notwendige Verteidiger auch noch während der Rechtsmittelbelehrung anwesend sein muß. Sie ist kein Teil der Urteilsverkündung mehr. Aus dem Wortlaut des § 35a "bei der Bekanntmachung der Entscheidung" ist aber zu folgern, daß sie noch ein Teil der Hauptverhandlung ist. [16] Da das Urteil jedoch bereits gesprochen ist und die Rechtsmittelbelehrung sich ausschließlich an den Angeklagten richtet, scheint keine Verteidigungsmöglichkeit und demnach auch keine Anwesenheitspflicht für den notwendigen Verteidiger mehr zu bestehen. Man muß indes verlangen, daß der Verteidiger dem

---

Fortsetzg. Fußnote 12) von Seite 53:
Diese Ausnahme ist nicht zu billigen; Selbst wenn die Notwendigkeit der Verteidigung entfallen sein sollte, weil eine Unterbringung nicht mehr in Betracht gezogen wurde, hätte die Bestellung erst zurückgenommen werden müssen. Ohne eine Rücknahme bleibt die Bestellung in Kraft und daher darf nicht ohne einen Verteidiger verhandelt werden.

13) RG 71, 379, BGH NJW 53, 155

14) RG 57, 142; 59, 420, OLG Neustadt NJW 62, 1632

15) LR 4b zu 145, Poppe NJW 54, 1914, RG 57, 265; 63, 244; aA wohl BGH 15, 263, der zwar die Urteilsverkündung als Bestandteil der Hauptverhandlung ansieht, die Abwesenheit des Angeklagten bei der Urteilsbegründung nicht immer als Verstoß gegen § 226 aufgefaßt haben will; ebenso KMR 6 zu 338

16) Hülle JZ 53, 629

Angeklagten auch noch bei und nach der Rechtsmittelbelehrung zur Seite steht. Der Angeklagte wird in der Regel befragt, ob er noch eine Erklärung abzugeben habe, insbesondere das Urteil annehmen wolle. Unter dem Eindruck der Verhandlung und des Urteils ist der Angeklagte meist selbst garnicht in der Lage, die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels abzuschätzen. Vor allem ist er sich in diesem Zustand meist auch garnicht der Bedeutung einer Verzichtserklärung bewußt. Er bedarf daher nach der Belehrung des Beistands des Verteidigers, um vor einem übereilten und unüberlegten Rechtsmittelverzicht bewahrt zu werden. Da zudem die Hauptverhandlung trotz des § 260 I 1 tatsächlich erst nach der Belehrung endet, ist die Anwesenheit des notwendigen Verteidigers auch noch während und nach der Rechtsmittelbelehrung bis zum tatsächlichen Ende der Verhandlung - der ausdrücklichen oder stillschweigenden Entlassung des Angeklagten, der Entfernung des Gerichts oder dem Aufruf der nächsten Sache - als erforderlich anzusehen.[17]

7) Ist der notwendige Verteidiger während eines Teils der Hauptverhandlung abwesend gewesen, kann das Fehlen nur durch eine vollständige Wiederholung dieses Teils ausgeglichen werden. Ein Verzicht des Verteidigers auf die Anwesenheit ist ebenso bedeutungslos wie der des Angeklagten auf die Mitwirkung eines Verteidigers. Auch eine Unterrichtung durch den Vorsitzenden oder durch den Verteidiger eines Mitangeklagten vermag die Anwesenheit nicht zu ersetzen. Es kann auch nicht rückwirkend für die Zeit der Abwesenheit des eigentlichen Verteidigers der Verteidiger eines Mitangeklagten bestellt werden, da jener die Verteidigung nicht im Hinblick auf den Angeklagten geführt hat. Ohne eine Wiederholung des Teiles, bei dem der notwendige Verteidiger gefehlt hat, bleibt das Verfahren in jedem Fall prozeßordnungswidrig.[18]

17) Ebenso LK II 6 zu 145, ähnlich LR 4b zu 145, der die Rechtsmittelbelehrung dann als wesentliche Prozeßhandlung ansieht, bei der der Verteidiger anwesend sein muß, wenn der Angeklagte unmittelbar nach ihr ohne Beratung durch seinen Verteidiger einen Rechtsmittelverzicht abgibt. Ob der Angeklagte aber auf das Rechtsmittel verzichtet oder nicht, ist für das Erfordernis der Anwesenheit des Verteidigers ohne Bedeutung. Vielmehr führt umgekehrt die Abwesenheit des Verteidigers bei der Belehrung zu Unwirksamkeit eines etwaigen Rechtsmittelverzichts des Angeklagten, der übereilt und ohne die Beratung mit einem Verteidiger erfolgt ist (BGH NJW 63, 963 und 2236, vgl. auch unten § 26 III)

18) LR 5 c zu 145, KMR 2b zu 145, RG 44, 16 (18/19); 53, 170 (171/2), s.a. 38, 216

III. Das Anwesenheitserfordernis bei dem Neueintritt eines Verteidigers während der Hauptverhandlung

1) Beginnt die Notwendigkeit der Verteidigung erst im Verlauf der Hauptverhandlung - zum Beispiel durch eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts oder durch eine Nachtragsanklage - wird die Mitwirkung eines Verteidigers auch erst von diesem Zeitpunkt an erforderlich. Selbst wenn schon vorher ein v dem Beschuldigten gewählter Verteidiger an der Verhandlung teilgenommen hatte, lag nämlich lediglich freiwillige Verteidigung vor, bei der die Mitwirku eines Verteidigers nie notwendig ist.

Hatte nun der Beschuldigte einen Verteidiger gewählt und dieser auch von Beginn an an der Verhandlung teilgenommen, hat der Eintritt der Notwendigkeit lediglich zur Folge, daß der Verteidiger künftig anwesend sein muß und nicht mehr wie bei freiwilliger Verteidigung nach seinem bzw. dessen Angeklagten Belieben fernbleiben darf. Denn dann hat dem Angeklagten vom Beginn der Verhandlung ab ein Verteidiger zur Seite gestanden.

Anders jedoch, wenn der Angeklagte bisher noch nicht verteidigt wurde oder zwar verteidigt wurde, der Verteidiger aber nicht ständig in der Verhandlung anwesend war. Hier ist der Angeklagte zumindest in einem Teil der Hauptverhandlung ohne einen Verteidiger gewesen. Da aber während der ganzen Verhandlung ein Verteidiger anwesend sein und die Verteidigung führen muß, muß die gesamte Hauptverhandlung neu begonnen oder zumindest die Teile wiederholt werden, bei denen der Verteidiger fehlte. [1]
Denn der Verteidiger muß den gesamten Verhandlungsstoff kennenlernen, um zu ihm Stellung nehmen zu können. Selbst bei einer Nachtragsanklage gen es nicht, daß der Angeklagte lediglich erneut zu dem nachträglich angeklagten Delikt, das die Notwendigkeit der Verteidigung begründet hat, vernommen und nur insoweit eine nochmalige Beweisaufnahme durchgeführt wird. Durch die Verbindung ist eine einheitliche Sache entstanden, und die Notwendigkeit der Verteidigung erstreckt sich damit auf das ganze Verfahren, also auch auf d Sachen, hinsichtlich derer die Verteidigung zunächst nicht notwendig war. [2]

2) Nichts anderes gilt, wenn die Verteidigung schon vom Beginn der Verhandlu an notwendig war, der Angeklagte aber nicht oder zumindest nicht ständig ver teidigt worden war. [3] Denn da auch dann die bei notwendiger Verteidigung

1) LR 6a und b cc zu 145, BGH 9, 243 = NJW 56, 1366
2) LR 6b cc zu 145, vgl. unten § 18 II
3) LR 6a und b cc zu 145

vorgeschriebene ständige Mitwirkung eines Verteidigers an der Verhandlung gefehlt hat, ist eine Wiederholung der Hauptverhandlung oder zumindest der Teile, bei denen kein Verteidiger anwesend war, erforderlich.

3) Reicht in einem dieser beiden Fälle die Wiederholung einzelner Verhandlungsteile nicht aus, muß vielmehr die ganze Hauptverhandlung wiederholt werden, muß das Gericht von Amts wegen prüfen, ob sie sofort neu begonnen werden kann oder ob eine Aussetzung erforderlich ist, gleichviel, ob der Angeklagte nun selbst einen Verteidiger wählt oder ob ihm ein solcher vom Vorsitzenden gemäß § 141 II bestellt wird. Denn es muß dem Angeklagten Gelegenheit geboten werden, von seinem Recht auf freie Wahl eines Verteidigers Gebrauch zu machen. Daß er bereits vom Beginn des Verfahrens an diese Möglichkeit hatte, steht nicht entgegen. Solange die Verteidigung nicht notwendig bzw. die Notwendigkeit der Verteidigung nicht erkannt war, hatte der Angeklagte keinen Anlaß zur Wahl eines Verteidigers, falls er eine Selbstverteidigung als ausreichend ansah. Wenn er nun aber auf Grund der neu eingetretenen bzw. erst neu erkannten Notwendigkeit einen Verteidiger haben muß, obwohl er die Mitwirkung eines solchen bisher für überflüssig hielt, muß ihm die Wahl eines Verteidigers ermöglicht werden. Denn dann erst ist er veranlaßt, sich zu überlegen, ob er einen Verteidiger seines Vertrauens hinzuziehen will oder ob er sich vom Vorsitzenden einen beliebigen Verteidiger bestellen lassen soll. Will der Angeklagte selbst einen Verteidiger wählen, ist ihm dies aber nicht sofort möglich, muß ihm daher dazu durch eine Aussetzung Gelegenheit gegeben werden. Aber selbst wenn der Angeklagte sofort einen Verteidiger wählt oder auf die Ausübung seines Rechts auf freie Verteidigerwahl verzichtet, kann das Gericht nicht ohne weiteres mit dem Wahlverteidiger oder mit einem sofort bestellten Pflichtverteidiger die Verhandlung fortsetzen. Denn von einer echten Verteidigung kann nur dann gesprochen werden, wenn der Verteidiger genügend vorbereitet ist. Seine Aufgabe, bei der Ermittlung der objektiven Wahrheit und der Findung eines gerechten Urteils mitzuwirken, kann ein Verteidiger nur dann erfüllen, wenn er mit dem Sachverhalt ausreichend vertraut ist, den Beschuldigten und dessen Einstellung zu den erhobenen Vorwürfen kennt und die Möglichkeiten für eine sachgemäße Verteidigung übersehen kann. Seine bloße Anwesenheit reicht zu einer wirklichen Verteidigung, die mit Sicherheit von dem Gesetzgeber gewollt ist, in keiner Weise aus. Hält das Gericht daher eine Vorbereitung des Verteidigers für notwendig, muß es die Verhandlung auch dann aussetzen, wenn der Angeklagte sofort einen Verteidiger wählt oder ihm ein solcher sogleich bestellt wird.[4] Nach § 145 II gilt dies zwar nur hinsichtlich

4) RG 77, 153, BGH 13, 337 (344)

des gem. § 145 II bestellten Pflichtverteidigers. Denn beschliessen kann das Gericht danach eine Aussetzung nur, wenn der notwendige Verteidiger erst im Verlauf der Verhandlung bestellt wird. Der Sinn der Bestimmung, eine ausreichende Vorbereitung des Verteidigers sicherzustellen, trifft aber auch bei einem neu eintretenden Wahlverteidiger zu. § 145 II ist daher entsprechend anzuwenden, wenn der Angeklagte die Bestellung durch die Wahl eines Verteidigers überflüssig macht.[5]

4) Auch wenn das Gericht eine sofortige Wiederholung mit dem neu eingetretenen Wahl- oder Pflichtverteidiger für möglich und eine Aussetzung daher für nicht erforderlich hält, muß es gem. § 145 III die Verhandlung aussetzen, falls der Verteidiger selbst es beantragt. Nur er selbst kann letztlich entscheiden, ob er zur Führung der Verteidigung einer Vorbereitung bedarf, und daher gibt das Gesetz ihm einen Anspruch auf Aussetzung der Verhandlung. Ebenso wie § 145 II gilt zwar auch § 145 III unmittelbar nur zu Gunsten eines neuen Pflichtverteidigers. Sinn der Vorschrift ist aber ebenfalls, eine ausreichende Vorbereitung des neu eintretenden Verteidigers zu gewährleisten und so eine echte Verteidigung des Angeklagten sicherzustellen. Dieser Sinn trifft aber bei einem neuen Wahlverteidiger ebenso zu wie bei einem neuen Pflichtverteidiger. Auch § 145 III ist daher zugunsten eines neuen Wahlverteidigers entsprechend anzuwenden.[6]

5) Eine Unterbrechung der Hauptverhandlung, die nach § 145 III ebenfalls möglich ist, kommt in den Fällen, in denen erst im Verlauf der Verhandlung die Verteidigung notwendig bzw. die Notwendigkeit erkannt wird und in denen noch kein Verteidiger mitgewirkt hat, nicht in Betracht. Da bei notwendiger Verteidigung die ganze Hauptverhandlung in Anwesenheit eines Verteidigers durchgeführt werden muß, bleibt nur die Wahl zwischen sofortigem Neubeginn und Aussetzung der Verhandlung.[7]

5) Schwarz StPO 5 zu 145; ähnlich auch LR 6a zu 145, der allerdings § 145 II nur dann für entsprechend anwendbar hält, wenn kein Mißbrauch vorliegt. Von einem Mißbrauch kann aber nicht gesprochen werden, wenn der Angeklagte sich erst zur Hinzuziehung eines Wahlverteidigers entschließt, nachdem die Verteidigung notwendig geworden bzw. die Notwendigkeit erkannt worden ist. Denn die Nichtausübung seines Rechts bei freiwilliger Verteidigung kann ebensowenig ein Mißbrauch sein wie die Ausübung des Rechts nach dem Beginn der Notwendigkeit der Verteidigung. AA RG 16, 32

6) KMR 4 zu 145, LR 6a zu 145 (vgl. oben Anm. 5)

7) KMR 4 zu 145, Schwarz StPO 7 zu 145

6) Müssen nur einzelne Verhandlungsteile wiederholt werden, weil der schon vor dem Beginn bzw. dem Bekanntwerden der Notwendigkeit vorhandene Verteidiger nicht ständig an der Verhandlung teilgenommen hat, wird in der Regel eine sofortige Wiederholung der in Betracht kommenden Teile ohne jede Aussetzung und Unterbrechung möglich sein. Im Einzelfall kann jedoch auch in einem derartigen Fall eine weitere Vorbereitung des Verteidigers erforderlich sein, etwa bei einer Nachtragsanklage. Das Gericht hat daher auch hier von Amts wegen zu prüfen, ob eine sofortige Wiederholung möglich oder aber eine Vertagung erforderlich ist. Gegebenenfalls muß es auch einem entsprechenden Antrag des Verteidigers stattgeben. Der Verteidiger tritt zwar in diesem Fall nicht neu in die Verhandlung ein. Im Hinblick auf die zur Vorbereitung notwendige Zeit steht er aber einem neu eingetretenen Vertreter möglicherweise völlig gleich, so daß auch zu seinen Gunsten § 145 II und III entsprechend anzuwenden ist.[8] Da eine vollständige Wiederholung der Verhandlung aber nicht erforderlich ist, kommt nicht nur eine Aussetzung, sondern auch eine Unterbrechung in Betracht. Sie wird sogar in aller Regel allein möglich sein, da der Verteidiger ja nur eine ergänzende Vorbereitung nötig hat.

---

8) Beruht der Eintritt der Notwendigkeit der Verteidigung auf einer Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts bzw. einer Nachtragsanklage, ergibt sich ein Anspruch des Angeklagten auf Aussetzung bzw. Unterbrechung der Verhandlung auch aus § 265 III bzw. § 266 III. Aussetzen bzw. unterbrechen kann das Gericht bzw. der Vorsitzende darüberhinaus auch sonst nach § 265 IV bzw. § 266 III, falls es erforderlich erscheint.

IV. Das Anwesenheitserfordernis bei einem Verteidigerwechsel während der Hauptverhandlung

1) Bei notwendiger Verteidigung ist die ständige Mitwirkung eines Verteidigers in der Hauptverhandlung erforderlich. Hat nun zwar an der Verhandlung von An an ein Verteidiger teilgenommen und die Verteidigung geführt, tritt dann aber an dessen Stelle ein anderer Verteidiger, stellt sich die Frage, ob sie mit dem neu eingetretenen Verteidiger neu zu beginnen ist oder ob sie fortgesetzt werden kann. Einerseits hat dann ständig ein Verteidiger an der Verhandlung mitgewirkt, so daß der Angeklagte auch bei einer Fortsetzung genügend verteidigt erscheint. Andererseits war der neue Verteidiger aber nicht von Beginn an in de Verhandlung anwesend und kennt dementsprechend die Ergebnisse dieses Teils der Verhandlung nicht, so daß er seiner Aufgabe, zu dem gesamten Verhandlu stoff und der ganzen Hauptverhandlung Stellung zu nehmen, nicht gerecht werden zu können scheint. Die Ansichten darüber, ob eine Fortsetzung der Hauptverhandlung möglich oder eine Wiederholung erforderlich ist, gehen weit auseinander. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts[1] soll es mangels einer ausreichenden Gesetzesvorschrift genügen, daß der Vorsitzende den neuen Verteidiger von dem bisherigen Verlauf der Verhandlung Kenntnis gibt. Demgegenüber vertritt Eb. Schmidt[2] die Auffassung, die Verhandlung müsse immer mit dem neuen Verteidiger wiederholt werden, da nur derjenige Verteidiger, d das Ganze der Hauptverhandlung miterlebt habe, die für Beweisanträge erforderlichen Beschlüsse fassen und einen umfassenden, erschöpfenden Schlußvortrag halten und damit nur er allein wirklich "verteidigen" könne. Vorzuziehen ist beiden Auffassungen die vom Bundesgerichtshof im Anschluß an Börker vertretene Mittelmeinung[3], nach der es immer von den Umständen des Einzelfalls abhängt, ob eine Unterrichtung des neu eingetretenen Verteidigers genügt, um eine Fortsetzung der Hauptverhandlung zu ermöglichen.

2) Aus dem Gesetz selbst ist ersichtlich, daß eine Hauptverhandlung nach einem Verteidigerwechsel fortgesetzt werden kann. Die Hauptverhandlung ist gem. § 145 III auf Antrag eines bei Beginn oder während der Hauptverhandlung neu bestellten Pflichtverteidigers auszusetzen oder "zu unterbrechen". Gem. § 229 braucht aber eine unterbrochene Hauptverhandlung nicht neu begonnen zu werden. Daraus ist zu schließen, daß das Gesetz auch bei notwendiger Verteidigung nicht die ununterbrochene Anwesenheit des selben Verteidigers

1) RG 33, 330 ff

2) LK II 11 zu 145

3) BGH 13, 337 ff = LM Nr. 2 zu 145; Börker MDR 56, 578

fordert, sondern daß nach einem Verteidigerwechsel grundsätzlich immer die Möglichkeit besteht, mit dem neuen Verteidiger weiterzuverhandeln.

Voraussetzung ist aber stets, daß sich der neue Verteidiger zuverlässig über die Teile der Hauptverhandlung, an denen er noch nicht teilgenommen hat, unterrichten kann.[4] Seiner Aufgabe, dem Schutz des Beschuldigten zu dienen, kann ein Verteidiger nur gerecht werden, wenn er den gesamten Verhandlungsstoff kennt. Denn er führt nur dann die Verteidigung ordnungsgemäß, wenn er zu der ganzen Verhandlung vom Standpunkt des Beschuldigten aus Stellung nimmt.[5] Ist daher eine zuverlässige und vollständige Unterrichtung des neuen Verteidigers über die Ergebnisse der bis zu seinem Eintritt durchgeführten Teile der Verhandlung möglich, kann sofort oder nach einer Unterbrechung weiter verhandelt werden. Andernfalls aber muß die Hauptverhandlung - sei es sofort, sei es nach einer Unterbrechung oder Aussetzung - wiederholt werden.

Unzureichend ist stets eine Unterrichtung des neuen Verteidigers durch den Vorsitzenden.[6] Der Verteidiger soll auf die Meinungsbildung des Gerichts und damit auch des Vorsitzenden einwirken, indem er während der ganzen Verhandlung und zu sämtlichen Verhandlungsergebnissen zugunsten des Angeklagten Stellung nimmt. Dazu ist ein neuer Verteidiger aber nicht in der Lage, wenn ihm die Ergebnisse der Teile der Verhandlung, bei denen er noch nicht anwesend war, durch den Vorsitzenden mitgeteilt werden. Der Vorsitzende sieht die Verhandlung aus einem ganz anderen Blickwinkel als ein Verteidiger. Bereits im Verlauf der Verhandlung bildet er sich eine, wenn auch nur vorläufige Meinung über die einzelnen Verhandlungsergebnisse, indem er sie aus seiner Sicht als Richter würdigt. Ohne eine subjektive Färbung vermag er sie daher nicht mehr vorzutragen. Damit kann er dem neuen Verteidiger aber auch kein aus der Sicht der Verteidigung zutreffendes Bild mehr geben. Aus den gleichen Gründen kommt auch eine Unterrichtung des neuen Verteidigers über den bisherigen Gang der Verhandlung und deren Ergebnisse durch ein anderes Mitglied des Gerichts nicht in Betracht. Daß auch der Staatsanwalt den neuen Verteidiger nicht zuverlässig unterrichten kann, bedarf nach dem bisher Ausgeführten keiner Erörterung.

---

4) insoweit übereinstimmend: LR 6b aa zu 145, KMR 3a 1 zu 145, Börker aaO, RG 33, 330 (333), BGH 13, 337 (344);
aA Eb. Schmidt LK II 11 zu 145

5) RG 77, 153

6) LK II 11 zu 145, LR 6b aa zu 145, Börker aaO, wohl auch BGH 13, 337 (345), aA KMR 3a 1 zu 145, Schwarz StPO 6 zu 145, RG 33, 330 (333)

Als unzureichend anzusehen ist auch stets eine Unterrichtung des neuen Verteidigers durch den Angeklagten selbst.[7] Als Rechtsunkundigem und zudem persönlich Beteiligten ist es ihm nicht möglich, die Verhandlungsergebnisse mit der für einen Verteidiger gebotenen Sachlichkeit und Unbefangenheit zu beurteilen. Daher kann er dem neuen Verteidiger aber auch keine zuverlässige Kenntnis über den Verlauf und die Ergebnisse der bis zu dessen Eintritt durchgeführten Verhandlung geben.

Auch der Verteidiger eines Mitangeklagten kann den neu eingetretenen Verteidiger nicht hinreichend unterrichten. Denn er hat die Hauptverhandlung nur in Blickrichtung auf die Interessen seines eigenen Mandanten verfolgt, nicht aber im Hinblick auf die des Angeklagten, dessen Verteidiger wechselt.[8] Ausnahmen sind allenfalls denkbar, wenn die Interessen mehrerer Angeklagter übereinstimmen.

4) Da somit eine ausreichende Unterrichtung des neuen Verteidigers über die Ergebnisse der Verhandlung vor seinem Eintritt durch die bisher genannten Verfahrensbeteiligten nicht möglich ist, zeigt sich, daß allenfalls der ausgeschiedene Verteidiger hierzu in der Lage ist. Er allein hat die Hauptverhandlung in Blickrichtung auf die Verteidigung des Angeklagten verfolgt und dementsprechend kann nur er dem neuen Verteidiger ein aus der Sicht der Verteidigung vollständiges und zutreffendes Bild der bisherigen Verhandlungsergebnisse vermitteln.

In vielem genügt aber selbst eine Unterrichtung durch den ausgeschiedenen Verteidiger nicht; So scheidet von vorn herein die Möglichkeit einer ausreichenden Unterrichtung aus, wenn der ausgeschiedene Verteidiger unfähig war, die Verteidigung zu führen,[9] gleichviel, ob er zu den Personen gehörte, die eine notwendige Verteidigung nicht führen können, ob er verhandlungs-, prozeß- oder verteidigungsunfähig war, ob er wegen der Gefahr einer Interessenkollision nicht gleichzeitig mehrere Beschuldigte verteidigen durfte oder ob ihm die Verteidigungsbefugnis zu entziehen war. Ist nämlich ein Verteidiger unfähig, die Verteidigung selbst zu führen, kann er auch nicht als fähig angesehen werden, einen neu eintretenden Verteidiger über den bisherigen Gang der Verhandlung zu unterrichten. Denn es besteht dann immer die Möglichkeit,

7) ähnlich Börker aaO, der allerdings für möglich hält, daß der Angeklagte dem neuen Verteidiger in Ausnahmefällen die erforderlichen Kenntnisse verschaffen kann; aA BGH 13, 337 (345)

8) LR 6b zu 14

9) vgl. unten § 14 II, III 1 - 5

daß er dem neuen Verteidiger kein zutreffendes Bild der bisherigen Verhandlung vermitteln kann oder will.

Der neu eingetretene Verteidiger kann sich auch dann nicht die notwendige Kenntnis des gesamten Verhandlungsstoffs verschaffen, wenn der ausgeschiedene Verteidiger sich weigert, die erforderlichen Mitteilungen zu machen, oder wenn er, etwa infolge einer Erkrankung, dazu nicht in der Lage ist. [10]

Selbst wenn aber der ausgeschiedene Verteidiger die Verteidigung führen konnte und auch zur Zusammenarbeit mit dem neuen Verteidiger bereit ist, ist eine ausreichende Unterrichtung des neuen Verteidigers über die bisherigen Verhandlungsergebnisse nicht immer möglich. Entscheidend sind immer die Umstände des konkreten Falls. [11] So wird etwa eine ausreichende Unterrichtung in rechtlich oder tatsächlich schwierig gelagerten Fällen nur selten möglich sein, vor allem dann nicht, wenn die Hauptverhandlung vor dem Verteidigerwechsel schon zu einem großen Teil durchgeführt ist, beispielsweise schon die wichtigsten Zeugen und Sachverständigen vernommen worden oder sogar nur noch die Schlußvorträge zu halten sind.

5) Stets ist unabhängig von einem Antrag des neuen Verteidigers zu prüfen, ob nach einem Verteidigerwechsel eine Wiederholung und Aussetzung der Hauptverhandlung geboten ist oder ob sofort oder nach einer Unterbrechung weiter verhandelt werden kann, [12] gleichviel ob es sich bei dem neu in die Verhandlung eintretenden Verteidiger um einen Wahl- oder Pflichtverteidiger handelt. [13] Denn bei notwendiger Verteidigung ist das Gericht verpflichtet, für eine ordnungsgemäße Verteidigung des Beschuldigten Sorge zu tragen. Ordnungsgemäß ist aber eine Verteidigung nicht schon dann wenn ständig ein Verteidiger anwesend ist sondern erst, wenn ständig ein Verteidiger an der Verhandlung mitwirkt, d.h. aber, zu dem gesamten Verhandlungsstoff auf Grund sorgfältiger Vorbereitung und genauer Kenntnis des Sachverhalts und der einzelnen Verhandlungsergebnisse vom Standpunkt des Angeklagten aus Stellung nimmt. [14]

6) Auch wenn das Gericht nach einem Verteidigerwechsel eine sofortige Fortsetzung mit dem neuen Verteidiger für möglich hält, muß es auf dessen Antrag die Verhandlung aussetzen oder unterbrechen. Nach § 145 III ist die

10) LR 6b) bb zu 145
11) BGH 13, 337 (344)
12) LR 6b zu 145. KMR 3a 1 zu 145, Börker MDR 56, 578
13) LR 6a zu 145; vgl. auch vorne III, insb. Anm. 5
14) LR 6b zu 145. RG 77, 159 BGH 13, 337

Hauptverhandlung auszusetzen oder zu unterbrechen, wenn ein bei Beginn oder während der Hauptverhandlung neu bestellter Pflichtverteidiger erklärt, daß ihm die zur Vorbereitung erforderliche Zeit nicht verbleibt. Diese Vorschrift ist entsprechend zugunsten eines neu in die Verhandlung eintretenden Wahlverteidigers anzuwenden, da er ebenso wie ein Pflichtverteidiger Zeit für die Vorbereitung der Verteidigung benötigt.[15] Dies gilt selbst dann, wenn der Angeklagte den Verteidigerwechsel selbst verschuldet oder den neuen Verteidiger nur gewählt hat, um die sofortige Durchführung der Hauptverhandlung unmöglich zu machen.[16] Letzterenfalls liegt zwar seitens des Angeklagten eindeutig ein Mißbrauch des Rechts auf freie Wahl eines Verteidigers vor. Daraus darf aber nicht die Folgerung gezogen werden, daß ein neuer Wahlverteidiger die Verteidigung ohne ausreichende Vorbereitung führen muß. Bei notwendiger Verteidigung muß der Angeklagte in der Hauptverhandlung durch einen mit der Sache vertrauten und genügend vorbereiteten Verteidiger verteidigt werden. Daher muß auch ein neuer Wahlverteidiger Zeit für die Vorbereitung der Verteidigung erhalten, sofern er selbst es für erforderlich hält. Denn anderenfalls wäre der Angeklagte entgegen den zwingenden Vorschriften des Gesetzes nicht ordnungsgemäß verteidigt.

Selbstverständlich wäre es mit einer geordneten Rechtspflege nicht zu vereinbaren, wenn der Angeklagte durch einen ständigen Verteidigerwechsel immer wieder die Durchführung der Hauptverhandlung hinauszögern könnte. Eingeschränkt werden darf aus diesem Grunde aber nicht das Recht des Verteidigers auf ausreichende Vorbereitung. Um eine geordnete Durchführung der Verhandlung mit der Mitwirkung eines vorbereiteten Verteidigers sicherzustellen, hat d Vorsitzende vielmehr die mißbräuchliche Ausübung des Rechts auf freie Verteidigerwahl durch den Angeklagten zu unterbinden, indem er ihm neben dem Wahlverteidiger einen Pflichtverteidiger beiordnet. Da der Angeklagte den Pflichtverteidiger nicht nach seinem Belieben entlassen kann, ist damit gewährleistet, daß künftig ein ausreichend vorbereiteter Verteidiger an der Verhandlung mitwirken wird.

7) Grundsätzlich hat der neu in die Verhandlung eintretende Verteidiger nur einen Anspruch auf Unterbrechung, nicht aber auf Aussetzung der Verhandlung. Nach dem Wortlaut des § 145 III ist die Hauptverhandlung auf Antrag auszusetzen oder zu unterbrechen. Ob die Verhandlung auszusetzen oder zu unterbrechen ist, entscheidet daher das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen

15) LK II 13 zu 145, KMR 3a 4 zu 145

16) aA LR 6a zu 145

unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falls. Selbst wenn der Verteidiger die Aussetzung der Verhandlung beantragt, ist das Gericht also lediglich insoweit gebunden, als ein Zwang besteht, die Verhandlung mindestens zu unterbrechen. [17]

Bei der Entscheidung hat das Gericht vor allem zu beachten, ob die Hauptverhandlung wiederholt werden muß oder ob sie fortgesetzt werden kann. Ist eine Wiederholung geboten, wird einem Antrag des Verteidigers auf Aussetzung in aller Regel stattzugeben sein. Denn dem Wunsch des Verteidigers nach einer längeren Vorbereitungszeit ist dann meist der Vorzug zu geben vor dem Grundsatz der möglichst schnellen Durchführung des Verfahrens. [18] Kann dagegen mit dem neuen Verteidiger weiterverhandelt werden, ist eine Unterbrechung nur dann angebracht, wenn die Zeit der Unterbrechung zu einer ausreichenden Unterrichtung und Vorbereitung genügt. Anderenfalls ist eine Aussetzung vorzuziehen, zumal der neu eingetretene Verteidiger dann die Möglichkeit erhält, die Hauptverhandlung ganz mitzuerleben.

17) LR 6b zu 145, LK 12 zu 145, KMR 3a 1 und 2 zu 145, Börker MDR 56, 578, BGH 13, 337 (339/40)

18) LR 6b bb zu 145

§ 14 2. Abschnitt: Das Verhältnis zwischen Wahl- und Pflichtverteidigung

I. Der Vorrang der Wahlverteidigung

1) Kennzeichnendes Merkmal der notwendigen Verteidigung ist, daß das Strafverfahren nicht ohne die Mitwirkung eines Verteidigers stattfinden darf. Dies bedeutet nun aber nicht, daß dem Beschuldigten bei notwendiger Verteidigung immer ein Pflichtverteidiger bestellt werden muß und kann.

Für den Beschuldigten geht es in einem Strafverfahren um Ehre, Freiheit und Vermögen. Ihm muß daher das uneingeschränkte Recht zugestanden werden, sich zu seiner Verteidigung des Beistands seines Vertrauens zu bedienen. Beschränkt werden darf dieses Recht nur, wenn seine Durchsetzung die Durchführung eines geordneten Verfahrens unmöglich machen würde. Das geltende Strafverfahrensrecht hat diesen Grundsatz in vollem Umfang anerkannt. Der Grundsatz der freien Verteidigerwahl ist eines der wichtigsten Prinzipien unseres Rechts[1]: Dem Beschuldigten ist es grundsätzlich freigestellt, ob er sich die Unterstützung eines oder mehrerer Verteidiger sichern will und, wenn ja, wen er als Verteidiger heranziehen möchte. Nicht einmal Fachkunde des vom Beschuldigten gewählten Verteidigers verlangt das Gesetz in jedem Fall. Denn es gestattet dem Beschuldigten, wenn auch nur mit Genehmigung des Gerichts und nicht in jedem Fall, sogar eine nicht rechtskundige Person als Verteidiger zu wählen.[2]

2) Um aber die Durchführung eines geordneten Verfahrens sicherzustellen und dem Beschuldigten - sei es, weil er selbst keinen Verteidiger beauftragen kann, sei es, weil er in Verkennung seiner Lage die Wahl eines Verteidigers nicht für erforderlich hält - zumindest in schwereren Fällen nicht ohne den Schutz eines Verteidigers zu lassen, erklärt das Gesetz die Verteidigung in einem großen Teil aller Verfahren für notwendig und legt dem Gericht die Verpflichtung auf, für die Mitwirkung eines Verteidigers Sorge zu tragen. Der Grundsatz der freien Verteidigerwahl wird dadurch aber in keiner Weise berührt. Denn das Gesetz geht davon aus, daß der Beschuldigte auch in den Fällen der notwendigen Verteidigung selbst einen Verteidiger wählen kann. Nur dann, wenn er selbst keinen Verteidiger wählt, ist ihm ein Pflichtverteidiger zu bestellen. Wählt er aber einen Verteidiger, darf ihm grundsätzlich nicht noch ein Pflichtverteidiger bestellt werden.

---

1) LR III 2a zu 138, Henkel S. 209, vgl.

2) vgl. § 138 II; s. dazu vor allem Brangsch NJW 52, 651

3) Die StPO schließt zwar die Beiordnung eines Pflichtverteidigers nicht ausdrücklich in einer allgemeinen Bestimmung aus. Aus der gesamten Regelung der Verteidigung ergibt sich aber, daß nur dem Beschuldigten, dem kein Wahlverteidiger zur Seite steht, ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden darf. Einerseits ist der Beschuldigte gem. § 137 auch in den Fällen der notwendigen Verteidigung zur Verteidigerwahl berechtigt.[3] Andererseits wollen die Vorschriften über die notwendige Verteidigung lediglich sicherstellen, daß überhaupt ein Verteidiger mitwirkt und dementsprechend bestimmt § 141 I nur, daß dem unverteidigten Beschuldigten ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist.

4) Noch deutlicher ergibt sich der Vorrang der Wahlverteidigung aus der Regelung des § 143. Danach ist die Bestellung eines Pflichtverteidigers zurückzunehmen, wenn ein Verteidiger gewählt wird und dieser die Wahl annimmt.[4] Aus der Fassung des § 143 "die Bestellung ist zurückzunehmen . . . " ist zu entnehmen, daß eine Verpflichtung zur Zurücknahme besteht. Daraus kann aber nur geschlossen werden, daß ein Wahlverteidiger stets einen Pflichtverteidiger verdrängt. Dies bedeutet aber auch, daß die Bestellung eines Pflichtverteidigers nur dann zulässig ist, wenn der Beschuldigte keinen Wahlverteidiger hat.[5]

5) In der Bestellung eines Pflichtverteidigers neben vom Beschuldigten gewählten Verteidiger würde auch stets eine Beschränkung der Verteidigung liegen. Der Angeklagte hat ein Interesse an einer einheitlichen Verteidigung. Diese aber wäre durch die zusätzliche Bestellung eines Pflichtverteidigers gefährdet: Jeder Verteidiger handelt, gleichgültig, ob er vom Beschuldigten gewählt oder ihm vom Gericht bestellt worden ist, aus eigenem Recht und führt seine Verteidigung selbständig. Er selbst bestimmt, wenn auch in der Regel nach Abstimmung mit dem Beschuldigten, die Taktik seines Vorgehens. Ist er etwa überzeugt, die Erhebung eines vom Gericht bisher nicht angeordneten Beweises werde für seinen Mandanten ein ungünstiges Ergebnis bringen, wird er keinen diesbezüglichen Beweisantrag stellen. Ähnlich wird er keine weiteren Fragen an einen Zeugen oder Sachverständigen richten, wenn er bei deren Vernehmung zu der Auffassung gelangt, eine weitere Befragung werde nur für seinen Mandanten ungünstige Antworten zur Folge haben.

3) Nach § 137 II kann auch der gesetzliche Vertreter selbständig einen Verteidiger wählen. Dies soll im folgenden jeweils nicht besonders berücksichtigt werden. Wählt der gesetzliche Vertreter einen Verteidiger, so steht dieser einem vom Beschuldigten selbst gewähltem Verteidiger gleich. Gleiches gilt soweit im Jugendstrafverfahren ein Verteidiger von dem Erziehungsberechtigten des Beschuldigten gewählt wird.

Er selbst bestimmt auch, welche sonstigen Anträge er stellt und auf welche Punkte er bei der Verteidigung besonderes Gewicht legt. Würde nun neben dem Wahlverteidiger ein Pflichtverteidiger bestellt, könnte es zwischen beiden zu Meinungsverschiedenheiten über Art und Weise der besten Verteidigung kommen. Da aber auch der Pflichtverteidiger nicht nur berechtigt, sondern zudem auch verpflichtet wäre, die Verteidigung nach seiner eigenen Überzeugung zu führen, könnte der Wahlverteidiger nicht verhindern, daß ein von ihm nicht gewollter Antrag doch gestellt, eine von ihm für unrichtig erachtete Befragung eines Zeugen oder Sachverständigen durchgeführt und die Verteidigung überhaupt in einer seiner Meinung nach falschen Richtung geführt wird. Die Einheitlichkeit der Verteidigung wäre damit in hohem Maße gefährdet und dies allein kann schon zu einer erheblichen Benachteiligung des Beschuldigten führen. Darüberhinaus würde dadurch vor allem aber auch der Verteidiger, der das Vertrauen des Beschuldigten genießt, zumindest teilweise entmachtet. Mit dem Recht des Beschuldigten auf freie Verteidigerwahl wäre dies aber keinesfalls zu vereinbaren. Dem steht auch nicht entgegen, daß der Beschuldigte ja auch mehrere Verteidiger wählen und, da jeder von ihnen die Verteidigung selbständig zu führen berechtigt ist, es auch unter ihnen zu Meinungsverschiedenheiten kommen kann. Einen zwischen mehreren Wahlverteidigern bestehenden Widerspruch kann der Beschuldigte beilegen, letztlich dadurch, daß er einen von ihnen aus dem Verteidigeramt entläßt. Gegen einen Pflichtverteidiger aber könnte der Beschuldigte selbst nichts unternehmen, da ihn nur das Gericht durch die Rücknahme der Bestellung entlassen könnte.

Noch deutlicher zeigt sich die Beschränkung des Beschuldigten in seiner Verteidigung darin, daß die zusätzliche Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Einzelfall sogar zu einem zeitweiligen Ausschluß des Wahlverteidigers führen könnte. Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn bei einer mehrere Tage dauernden Hauptverhandlung das Gericht beschließt, die Verhandlung nicht an dem ursprünglich festgesetzten Termin fortzusetzen, sondern bereits

---

4) Voraussetzung der Rücknahme ist, daß der neugewählte Verteidiger zu den Personen gehört, die eine notwendige Verteidigung führen können (vgl. unten § 23).

5) LK II 3 zu 140, 2 zu 143, LR 1 und 4b zu 141, KMR zu 143, KMR 2 zu 143, Stenglein Komm. S. 278, Gerland S. 145, Ullmann S. 245, S. 252, von Kries S. 239, Beling S. 137, Exner S. 43, Glaser S. 227, RG Recht 1920 Nr. 329a

einen oder mehrere Tage vorher. Kann in einem derartigen Fall der Wahlverteidiger den neu angesetzten Termin nicht wahrnehmen, muß das Gericht wohl unbestritten auf diese Verhinderung Rücksicht nehmen und auf den außerplanmäßigen Termin verzichten. [6]
Wäre dem Beschuldigten aber nun zusätzlich ein Pflichtverteidiger bestellt worden, der den neu angesetzten Termin wahrnehmen könnte, könnte das Gericht an dem außerplanmäßigen Termin festhalten und die Hauptverhandlung in Abwesenheit des verhinderten Wahlverteidigers fortsetzen, da es genügt, daß in dem Termin überhaupt ein Verteidiger anwesend ist. Ein derartiger, wenn auch nur zeitweiliger Ausschluß des Wahlverteidigers wäre aber in keiner Weise mit dem Recht des Beschuldigten auf freie Wahl des Verteidigers zu vereinbaren.

6) Zusammenfassend ist also festzuhalten: Auch in den Fällen der notwendigen Verteidigung ist der Beschuldigte zur Wahl eines Verteidigers berechtigt. Macht er von diesem Recht Gebrauch, ist die Bestellung eines Pflichtverteidigers grundsätzlich unzulässig. [7]

---

6) vgl. hierzu OLG Hamm NJW 54, 133, das dem Verteidiger einen Aussetzungsanspruch sogar dann zubilligt, wenn der Hauptverhandlungs-Termin unversehens verlegt wird und der Verteidiger dann verhindert ist (vgl. auch OLG Düsseldorf GA 58, 54, Bay ObLG St 62, 226, OLG Hamburg AnwBl 64, 265)

7) OLG Hamm NJW 58, 641 und MDR 58, 707
Bis die Wahl des Verteidigers zu den Akten angezeigt oder dem Gericht sonst zuverlässig bekannt geworden ist, ist davon auszugehen, daß der Beschuldigte noch keinen Verteidiger gewählt hat.

II. Die zusätzliche Bestellung eines Pflichtverteidigers wegen der dem gewählten Verteidiger fehlenden rechtlichen Qualifikation

1) Der Grundsatz, daß dem Beschuldigten ein Pflichtverteidiger nur bestellt werden darf, wenn er selbst keinen Verteidiger gewählt hat, gilt jedoch nur mit Einschränkungen. Die StPO gestattet nämlich in einigen Fällen die Bestellung eines Pflichtverteidigers trotz der Wahl eines Verteidigers nicht nur, sondern fordert sie sogar teilweise.

Durch die Vorschriften über die notwendige Verteidigung soll sichergestellt werden, daß die durch das Fehlen von Rechtskenntnissen, den Mangel an forensischer Erfahrung und die persönliche Beteiligung bedingte schwache Position des Beschuldigten im Strafverfahren zumindest in schwereren Fällen oder bei besonderer Verteidigungsunfähigkeit auch tatsächlich ausgeglichen wird. Es kann daher nicht genügen, daß der Beschuldigte hier überhaupt durch eine dritte Person verteidigt wird. Nur ein rechtskundiger Verteidiger kann die Rechte und Befugnisse des Beschuldigten ausreichend wahren und die Verteidigung ordnungsgemäß führen. Wenn die Verteidigung notwendig ist, muß der Verteidiger daher rechtskundig sein. Um dies zu gewährleisten, schließt das Gesetz zwar nicht schlechthin dritte Personen, deren Rechtskunde nicht mit Sicherheit feststeht, von einer notwendigen Verteidigung aus. Es gestattet ihnen die Führung der Verteidigung dann aber nur, wenn gleichzeitig ein rechtskundiger Verteidiger an dem Verfahren mitwirkt.[1] Will daher der Beschuldigte einen Verteidiger hinzuziehen, der nicht zum Personenkreis des § 138 I gehört und daher nicht mit Sicherheit über die zu einer sachgemäßen Verteidigung erforderlichen Rechtskenntnisse verfügt, darf dieser nur auftreten, wenn daneben noch ein Pflichtverteidiger bestellt wird.[2]
Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Beschuldigte einen weiteren Wahlverteidiger beauftragt, der dem Personenkreis des § 138 I angehört oder wenn der vom Beschuldigten gewählte und vom Gericht zugelassene Verteidiger nach § 142 II selbst zum Pflichtverteidiger bestellt werden könnte, obwohl er nicht den Anforderungen des § 138 I entspricht.[3] In beiden Fällen steht dem Angeklagten ein Verteidiger zur Seite, der über die vom Gesetz geforderten Kenntnisse verfügt. Neben ihm braucht daher kein Pflichtverteidiger bestellt zu werden.

---

1) Voraussetzung ist stets die Genehmigung des Gerichts (§ 138 II)
2) LK II 10 zu 138, LR II 5 zu 138, KMR 2 zu 138, 1a zu 145, RG 29, 11
3) Rechtsreferendare (vgl. unten § 23 II)

2) Hat der Angeklagte mehrere Verteidiger, die nicht sämtlich zu dem Personenkreis gehören, der eine notwendige Verteidigung führen darf, besteht kein Anlaß zur Verteidigerbestellung.
Denn es genügt, daß dem Angeklagten ein rechtskundiger Verteidiger zur Seite steht. Bleibt aber beim Wegfall der übrigen - sei es vor oder während der Hauptverhandlung - nur derjenige Verteidiger übrig, der eine notwendige Verteidigung nicht allein führen kann, ist dem Angeklagten zusätzlich ein Pflichtverteidiger zu bestellen.[4]

4) LR 5a zu 145

III. Die Fälle des § 145 StPO

1) Aus § 145 I ergibt sich, daß der notwendige Verteidiger während der gesamten Hauptverhandlung anwesend sein und die Verteidigung führen muß. Nun gibt es aber keine Möglichkeit, den Verteidiger zum Erscheinen oder Verbleiben in der Verhandlung und zur Führung der Verteidigung zu zwingen. [1] Damit scheint es in der Hand des Verteidigers zu liegen, ob die Hauptverhandlung durchgeführt werden kann. Mit einer geordneten Rechtspflege ist es jedoch nicht zu vereinbaren, wenn der Verteidiger oder mittelbar durch ihn sogar der Beschuldigte selbst die Durchführung der Hauptverhandlung verhindern kann. § 145 I gibt daher dem Gericht die Möglichkeit, dem Angeklagten in einem Fall der notwendigen Verteidigung sogleich einen Verteidiger zu bestellen, wenn sein Verteidiger der Hauptverhandlung fernbleibt, sich unzeitig aus ihr entfernt oder sich weigert, die Verteidigung zu führen. § 145 I gilt beim Ausfall jedes notwendigen Verteidigers, also nicht nur bei dem eines Pflichtverteidigers, sondern auch bei dem eines Wahlverteidigers. Denn auch der Wahlverteidiger ist bei notwendiger Verteidigung zur Teilnahme an der Hauptverhandlung und zur Führung der Verteidigung verpflichtet. § 145 I aber will gewährleisten, daß in den Fällen der notwendigen Verteidigung auch tatsächlich ein Verteidiger mitwirkt. Er findet daher auch Anwendung, wenn der Wahlverteidiger für die Hauptverhandlung ausfällt. [2] Daß der Wahlverteidiger sein Amt niederlegt, von dem Angeklagten entlassen wird oder aus anderen Gründen endgültig wegfällt, wird nicht vorausgesetzt.

Wäre der Angeklagte ohne Verteidiger, müßte ihm sowieso ein Pflichtverteidiger bestellt werden. § 145 I erfaßt aber gerade auch den Fall, daß der Angeklagte an sich einen Verteidiger hat, dieser aber in der Hauptverhandlung nicht ununterbrochen anwesend ist oder die Verteidigung nicht führt. Dann eröffnet § 145 I aber die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen auch demjenigen Angeklagten, der einen Wahlverteidiger hat, einen Pflichtverteidiger zu bestellen.

---

1) Ein Zwang wird lediglich mittelbar auf den Verteidiger dadurch ausgeübt daß ihm die Kosten einer durch ihn schuldhaft verursachten Aussetzung oder Unterbrechung gem. § 145 IV aufzuerlegen sind. Ob und inwieweit der Beschuldigte den von ihm beauftragten Verteidiger zivilrechtlich zur Anwesenheit und zur Führung der Verteidigung zwingen kann, ist hier nicht zu erörtern.

2) LK II 3 zu 145, LR 2b u. 3 zu 145, KMR 1a zu 145, Seibert DRiZ 61, 157, RG 53, 264 (265); 65, 246 (247), BGH NJW 61, 740

2) Ausgeblieben im Sinne des § 145 I ist der Verteidiger in der Hauptverhandlung dann, wenn er bei deren Beginn[3] nicht anwesend ist. Voraussetzung ist jedoch, daß er ordnungsgemäß geladen war.[4] Denn nur dann kann von einem Ausbleiben im Sinne des § 145 I gesprochen werden, da als Ausbleiben nur das Nichterscheinen einer zum Erscheinen veranlaßten Person anzusehen ist. Zum Erscheinen ist der Verteidiger aber nicht veranlaßt, wenn er nicht einmal weiß, wo und wann die Hauptverhandlung stattfindet. Für die Anwendung des § 145 und damit auch für die Bestellung eines Pflichtverteidigers neben einem Wahlverteidiger ist daher kein Raum, wenn letzterer nicht ordnungsgemäß geladen ist.

Dies gilt selbst dann, wenn der Angeklagte sich beim Nichterscheinen seines Anwalts auf Befragen damit einverstanden erklärt, von einem anderen, neu bestellten Verteidiger verteidigt zu werden.[5] Der Angeklagte hat einen Anspruch auf Ladung seines Verteidigers zur Hauptverhandlung. Ein wirksamer Verzicht auf diesen Anspruch ist nur dann gegeben, wenn er ihn ausdrücklich erklärt, nicht dagegen, wenn er sich in Unkenntnis der nicht ordnungsgemäßen Ladung mit der Bestellung eines anderen Verteidigers einverstanden erklärt. Trotz fehlerhafter Ladung ist das Nichterscheinen des Verteidigers in der Hauptverhandlung als Ausbleiben anzusehen, wenn lediglich die Ladungsfrist nicht eingehalten worden ist, die Ladung aber ansonsten ordnungsgemäß ist. Denn in diesem Fall ist der Verteidiger nicht berechtigt, ohne weiteres der Verhandlung fernzubleiben. Vielmehr kann er nur nach §§ 218 I 2 i.V. m. 217 II die Aussetzung der Hauptverhandlung verlangen.[6] Die Bestellung eines anderen Verteidigers nach § 145 I ist aber auch hier nur möglich, wenn der Angeklagte ausdrücklich auf die Einhaltung der Ladungsfrist für seinen Verteidiger und auf das Aussetzungsrecht, das sich aus der nicht rechtzeitigen Ladung ergibt, verzichtet.
Erscheint der Verteidiger trotz nicht fristgerechter Ladung in der Hauptverhandlung, so kann zwar nur er und nicht der Angeklagte auf die Einhaltung der Ladungsfrist und das Aussetzungsrecht verzichten, da nur er beurteilen kann, ob er die Frist zur Vorbereitung der Verteidigung benötigt.[7] Ist der nicht rechtzeitig geladene Verteidiger aber in der Hauptverhandlung nicht erschienen, kann nur der Angeklagte diesen Verzicht abgeben und dies nur ausdrücklich.

---

3) § 243 I; vgl. oben § 13 II

4) LK II 4, 5 zu 145, LR 4a zu 145 KMR 2a zu 145, Dalcke 2 zu 145 RG 53, 264 (265)

5) LK II 4 zu 145, LR 4a zu 145, RG 53, 264 (265)

Ist der Verteidiger aber trotz ausdrücklicher Ladung ferngeblieben, ist der Grund seines Ausbleibens für die Anwendung des § 145 I ohne Bedeutung.[8] Ein schuldhaftes Verhalten des Verteidigers wird nicht vorausgesetzt.

3) Unzeitiges Entfernen des Verteidigers im Sinne des § 145 I ist dann gegeben, wenn der Verteidiger zwar bei Beginn der Hauptverhandlung anwesend war, sich dann aber, sei es auch nur vorübergehend, noch vor deren Ende entfernt hat.[9] Warum der Verteidiger die Verhandlung verläßt, spielt nach dem Gesetz keine Rolle.

4) Die Weigerung des Verteidigers, die Verteidigung zu führen, kann einmal aus einer ausdrücklichen Erklärung seinerseits hervorgehen.[10] Sie kann sich aber auch aus seinem Verhalten ergeben, wenn er etwa dort völlig untätig bleibt, wo er auf Grund seiner Stellung als Verteidiger zum Tätigwerden verpflichtet wäre.[11]

Keineswegs kann aber jede Untätigkeit des Verteidigers, die das Gericht als Pflichtverletzung ansieht, als Weigerung im Sinne des § 145 I angesprochen werden. Vielmehr muß der Verteidiger effektiv aufgehört haben, die Verteidigung zu führen.[12] Dies ist beispielsweise nicht gegeben, wenn er sich andauernd ungebührlich verhält. Hier sind allenfalls sitzungspolizeiliche Maßnahmen nach § 176 GVG angebracht. Eine Weigerung, die Verteidigung zu

---

6) Vgl. Dünnebier (LR 4a zu 145), der aber zu Unrecht die Bestellung eines Verteidigers auch ohne Verzicht des Angeklagten zuzulassen scheint.

7) BGH NJW 63, 1787/8

8) LK II zu 145, Dalcke 2 zu 145, LR 4a zu 145, KMR 2a zu 145; richtig insoweit auch RG 52, 247 f, das aber zu Unrecht eine ordnungsgemäße Ladung nicht als erforderlich ansieht.
Von Bedeutung ist der Grund des Ausbleibens allerdings dafür, ob das Gericht sofort einen Verteidiger bestellt oder aber die Hauptverhandlung aussetzt (vgl. unten 5)

9) LK II 6, 7 zu 145, LR 4b zu 145, KMR 2b zu 145; die z. T. gemachte Einschränkung, nur eine Entfernung während eines wesentlichen Teils der Verhandlung sei unzeitig, ist nicht zu billigen, da kein Verhandlungsteil als unwesentlich anzusehen ist. Sie trifft allenfalls für Randerscheinungen zu (vgl. vorne § 13 II)

10) LK II 8 zu 145, LR 4c zu 145, KMR 2c zu 145

11) s. Anm. 10

12) LK II 8 zu 145, KMR 2c zu 145

führen, kann aus dem ungebührlichen Verhalten allein nicht entnommen werden. [13]

Auch hier ist ohne Bedeutung, weshalb der Verteidiger sich weigert, die Verteidigung zu führen, insbesondere auch, ob sich das Verhalten des Verteidigers gegen den Angeklagten oder gegen das Gericht richtet. [14] § 145 I ist allerdings nicht anwendbar, wenn der Verteidiger sich nur weigert, einem prozeßordnungswidrigen Ansinnen des Gerichts zu folgen, etwa vor einem Rundfunkmikrofon zu sprechen. [15]

5) In allen drei Fällen ist das Gericht grundsätzlich berechtigt, dem Angeklagten einen Pflichtverteidiger zu bestellen, gleichgültig, ob es sich bei dem ausgefallenen Verteidiger um einen Wahl- oder Pflichtverteidiger handelt und ob der Verteidiger noch im Amt ist oder nicht. Es kann jedoch nach § 145 I 2 auch die Hauptverhandlung aussetzen. [16]
Welche von beiden Maßnahmen es treffen will, hat es nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Maßgebend muß dabei das objektiv zu bewertende Verteidigungsinteresse sein. [17]
Im Einzelfall kann dies dazu führen, daß nur eine Aussetzung der Hauptverhandlung, nicht aber die Bestellung eines Pflichtverteidigers in Betracht kommt. Grundsätzlich hat das Interesse des Angeklagten daran, daß ihm sein eingearbeiteter und vertrauter Verteidiger erhalten bleibt, den Vorrang gegenüber dem Interesse der Rechtspflege an einer möglichst schnellen Durchführung der Hauptverhandlung. [18] Kann das Gericht daher ersehen oder doch zumindest mit einiger Wahrscheinlichkeit annehmen, daß der Verteidiger seinen Ausfall nicht selbst aus Gleichgültigkeit oder bösem Willen verursacht hat, sondern daß der Ausfall auf ihm nicht vorwerfbaren Gründen beruht und seine Verhinderung in absehbarer Zeit entfallen wird, wird es in aller Regel nur eine Aussetzung der Hauptverhandlung beschliessen können. [19]

13) LK II 8 zu 145, 10 ff vor 137, LR 4c zu 145, KMR 2c zu 145; aA OLG Hamm NJW 54, 1053, das ungebührliches Verhalten des Verteidigers als Weigerung ansieht, wenn dadurch die Fortführung der Hauptverhandlung unmöglich gemacht wird.

14) LR 4c zu 145

15) LR 4c zu 145, BGH NJW 57, 881

16) Statt einer Aussetzung kann das Gericht bzw. der Vorsitzende auch eine Unterbrechung anordnen (§ 228 I 2), um die Gründe für den Ausfall des Verteidigers zu klären und diesem möglicherweise Zeit zur Abhilfe zu geben.

17) LK II 14 zu 145, Dalcke 9 zu 145

18) LR 5d zu 145, KMR 3b zu 145, ähnlich LK II 14 zu 145, s. a. Seibert DRiZ 61, 157

Dies gilt vor allem in umfangreichen Sachen. Hier muß das Gericht damit rechnen, daß ein neu bestellter Verteidiger längere Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung benötigt und daher gem. § 145 III die Aussetzung oder Unterbrechung der Hauptverhandlung verlangen wird. Wenn die Hauptverhandlung aber einerseits in keinem Fall sofort durchgeführt werden kann, der bereits vorhandene Verteidiger andererseits die Verteidigung in absehbarer Zeit wieder führen kann, erübrigt sich jede Neubestellung.

Aber auch in kleineren Fällen, in denen eine längere Vorbereitungszeit nicht erforderlich ist und in denen die Hauptverhandlung sofort oder nach einer kürzeren Zeit zur Vorbereitung des Verteidigers durchgeführt werden kann, wird zu beachten sein, daß bei der Bestellung eines neuen Verteidigers die Wiederholung der Hauptverhandlung häufig nicht zu vermeiden ist.[20] Auch dann aber wird eine spätere Wiederholung, in der dann dem Angeklagten ein eingearbeiteter und vertrauter Verteidiger zur Seite steht, gegenüber der sofortigen oder nach einer kurzen Unterbrechung folgenden mit einem neubestellten Verteidiger der Vorzug zu geben sein. Insbesondere gilt dies dann, wenn der Angeklagte einen **Wahl**verteidiger hat und gerade auf dessen Mitwirkung besonderen Wert legt. Das Interesse des Angeklagten an der Mitwirkung des Verteidigers seines Vertrauens wird, wenn die Hauptverhandlung sowieso wiederholt werden muß, regelmäßig auch eine längere Verschiebung der Hauptverhandlung rechtfertigen.

Hat der Verteidiger seinen Ausfall zwar nicht selbst verschuldet, bestehen aber keine Anzeichen dafür, daß seine Verhinderung in absehbarer Zeit entfallen wird, und eine Aussetzung dementsprechend Abhilfe schaffen kann, ist dem Angeklagten auch dann ein neuer Verteidiger zu bestellen, wenn eine Aussetzung oder Unterbrechung in jedem Fall erfolgen muß.[21] Denn nur durch die Bestellung eines neuen Verteidigers kann hier sichergestellt werden, daß in der neuen Hauptverhandlung bzw. der Fortsetzung der alten ein mit der Sache vertrauter Verteidiger anwesend sein und die Verteidigung führen wird.[22] Der Angeklagte kann allerdings die Unterbrechung oder Aussetzung dazu benützen, einen anderen Verteidiger zu wählen. Nach § 143 wäre dann die Bestellung zurückzunehmen.

19) LK II 14 zu 145, LR 5d zu 145, KMR 3b zu 145, OLG Celle Nds. Rpfl. 61, 135 (138)

20) LR 5d zu 145, s.a. oben § 13 IV

21) LR 5e zu 145

22) LK II 14 zu 145

Der Bestellung eines Pflichtverteidigers wird auch immer dann der Vorzug zu geben sein, wenn die Hauptverhandlung schon fortgeschritten ist und dennoch ohne Wiederholung fortgesetzt werden kann. Ob der Ausfall des Verteidigers in diesem Fall von ihm selbst verschuldet war oder nicht und ob er behebbar ist oder nicht, ist ohne Bedeutung. Denn das Interesse an einer unverzögerten Fortsetzung der Hauptverhandlung wird hier in aller Regel das Interesse des Angeklagten an der Mitwirkung seines bisherigen Verteidigers überwiegen. [23] Derartige Fälle werden allerdings in der Praxis selten sein. Einmal handelt es sich bei den Fällen der notwendigen Verteidigung meist um schwerere Fälle, in denen eine längere Vorbereitungszeit des Verteidigers erforderlich ist. Zum anderen wird sich vielfach eine Wiederholung der Hauptverhandlung nicht vermeiden lassen, weil der neue Verteidiger sich nicht ausreichend unterrichten kann. Denkbar ist eigentlich nur der Fall, daß der bisherige Wahlverteidiger sich weigert, die Verteidigung weiter zu führen, dazu aber bereit ist, wenn er zum Pflichtverteidiger bestellt wird. [24]

6) Hat der Angeklagte mehrere Wahlverteidiger, die sämtlich eine notwendige Verteidigung allein führen können, findet § 145 I grundsätzlich nur dann Anwendung, wenn alle in der Verhandlung ausbleiben, sich unzeitig entfernen oder sich weigern, die Verteidigung zu führen. Denn wenn auch nur einer von ihnen nicht ausfällt, ist der Angeklagte ordnungsgemäß verteidigt. [25]

Etwas anderes gilt dann, wenn der oder die verbleibenden Verteidiger mangels ausreichender Vorbereitung der gesamten Verteidigung nicht in der Lage sind, die Verteidigung zu führen. [26] Hatte etwa der ausgefallene Verteidiger die Hauptlast der Verteidigung übernommen, der bzw. die verbleibenden sich aber nur in Nebenpunkte eingearbeitet, unterscheidet sich die Prozeßlage nicht von derjenigen, bei der alle Verteidiger ausgefallen sind. Denn es ist dann kein Verteidiger vorhanden, der den gesamten Sachverhalt beherrscht. § 145 I ist daher entsprechend anzuwenden. [27]

---

23) LR 5e zu 145

24) LR 5c zu 145, vgl. auch unten § 24

25) § 145 I ist auch dann nicht anzuwenden, wenn dem Angeklagten mehrere Pflichtverteidiger bestellt wurden und nur einer von ihnen ausfällt. In der Praxis wird dies allerdings nur selten vorkommen. Es soll daher hier nicht in die Erörterung mit einbezogen werden, zumal es hier nur darum geht, wann ein Pflichtverteidiger neben einem Wahlverteidiger bestellt werden kann.

26) LK II 8 zu 145, LR 5a zu 145, KMR 2d zu 145

27) LK II 8 zu 145, KMR 2d zu 145, RG 71, 353 (354)

Die Bestellung eines Pflichtverteidigers und die sofortige Fortsetzung der Verhandlung wird in der Regel allerdings nicht möglich sein. Denn wenn ein bereits vorhandener, wenn auch nicht in die ganze Sache eingearbeiteter Verteidiger die Verteidigung nicht sofort führen kann, ist ein neu bestellter ohne Vorbereitung dazu erst recht nicht in der Lage. Etwas anderes wird nur dann gelten, wenn zur Führung der Verteidigung besondere Kenntnisse auf einem Spezialgebiet[28] erforderlich sind und die Unfähigkeit des bzw. der verbleibenden Verteidiger nur auf dem Fehlen dieser Spezialkenntnisse und nicht auf mangelnder Vorbereitung beruht. Kann in diesem Fall ein Verteidiger bestellt werden, der die erforderlichen Spezialkenntnisse besitzt und keine weitere Vorbereitung nötig hat, kann eine sofortige Fortsetzung der Verhandlung möglich sein.
In anderen Fällen wird aber regelmäßig nur eine Aussetzung der Hauptverhandlung in Betracht kommen, und zwar selbst dann, wenn der ausgefallene Verteidiger seinen Ausfall selbst verschuldet hat und er auch mit Sicherheit an der Teilnahme an einer künftigen Verhandlung verhindert sein wird. Denn wenn das Gericht damit rechnen muß, daß ein neu bestellter Verteidiger Zeit für die Vorbereitung der Verteidigung braucht und daher eine Aussetzung oder Unterbrechung verlangen wird, besteht kein Anlaß zur Verteidigerbestellung. Während einer Unterbrechung oder Aussetzung ist es auch dem bzw. den verbleibenden Verteidigern möglich, sich in die ganze Sache einzuarbeiten. Die zusätzliche Bestellung eines Pflichtverteidigers wäre hier sogar als unzulässig anzusehen, da es sich ja bei dem bzw. den verbleibenden Verteidigern um Wahlverteidiger handelt.[29] Ein vorhandener Wahlverteidiger schließt aber grundsätzlich die Bestellung eines Pflichtverteidigers aus, sofern nicht eine Bestellung notwendig ist, um eine geordnete Durchführung des Verfahrens zu ermöglichen. Da hier aber in jedem Fall eine Aussetzung oder Unterbrechung zur Vorbereitung der Verteidigung erforderlich ist, ist eine geordnete Durchführung des Verfahrens schon dadurch gewährleistet, daß dem bzw. den bisher nicht vorbereiteten Wahlverteidigern durch die Vertagung Gelegenheit gegeben wird, sich in die ganze Sache einzuarbeiten. Die Bestellung eines Pflichtverteidigers neben dem bzw. den verbliebenen Wahlverteidigern wird nur dann möglich sein, wenn mit Sicherheit feststeht, daß auch eine Unterbrechung oder Aussetzung eine ausreichende

---

28) Zu denken ist hier etwa an Wirtschafts-, Jugend- oder Militärstrafsachen

29) vgl. Anm. 25: Hatte der Angeklagte mehrere Pflichtverteidiger, ist die Bestellung eines weiteren Pflichtverteidigers nicht unzulässig, wohl aber überflüssig.

Vorbereitung nicht sicherstellt. Sind etwa besondere Spezialkenntnisse erforderlich und können der bzw. die verbliebenen Wahlverteidiger sich diese nicht verschaffen, muß das Gericht durch die Bestellung eines Pflichtverteidigers sicherstellen, daß nach der Vertagung ein ausreichend vorbereiteter Verteidiger vorhanden ist. Allerdings steht es dann dem Angeklagten frei, während der Vertagung einen weiteren Wahlverteidiger hinzuzuziehen, der über die erforderlichen Spezialkenntnisse verfügt. Die Verteidigerbestellung wäre dann wiederum nach § 143 zurückzunehmen.

IV. Sonstige Fälle der Bestellung eines Pflichtverteidigers trotz der Wahl eines Verteidigers

1) Auch über die aus dem Gesetz unmittelbar zu entnehmenden Fälle hinaus ist in begrenztem Umfang die Bestellung eines Pflichtverteidigers auch dann als zulässig anzusehen, wenn der Beschuldigte selbst einen Wahlverteidiger beauftragt hat.

Einmal ist eine zusätzliche Verteidigerbestellung trotz der Wahl eines Verteidigers immer dann zulässig, wenn bereits vor Beginn der Hauptverhandlung mit Sicherheit feststeht, daß der Wahlverteidiger spätestens mit der Bestellung eines Pflichtverteidigers ausscheiden wird. Dies ist etwa immer dann anzunehmen, wenn der Wahlverteidiger beantragt, zum Pflichtverteidiger bestellt zu werden, und dabei zu erkennen gibt, daß er die Wahlverteidigung in jedem Fall niederlegen werde.[1]

2) Wie jede andere am Strafverfahren beteiligte Person muß auch der Verteidiger verhandlungsfähig sein.[2] Es ist eine Selbstverständlichkeit, daß der Verteidiger fähig ist, in und außerhalb der Hauptverhandlung die Interessen des Beschuldigten vernünftig wahrzunehmen, die Verteidigung in verständiger und verständlicher Weise zu führen und Prozeßerklärungen abzugeben und entgegenzunehmen.[3] Wählt der Beschuldigte daher einen Verteidiger, der diesen Anforderungen nicht nachkommen kann, kann nicht davon gesprochen werden, daß er ausreichend verteidigt wird. Er ist vielmehr als verteidigungslos anzusehen, da die Verhandlungsunfähigkeit des Verteidigers seinem Fehlen gleichsteht.[4] Ob ein verhandlungsfähiger Wahlverteidiger von der Verteidigung auszuschließen ist[5], kann und muß hier dahingestellt bleiben. Selbst wenn eine Entziehung der Verteidigungsbefugnis nicht möglich sein sollte, ist das Gericht doch berechtigt und verpflichtet, dem Beschuldigten zusätzlich einen Pflichtverteidiger zu bestellen. Grundsätzlich hat zwar nur der Verteidiger selbst seine Eignung zu prüfen und darüber zu befinden, ob er eine Verteidigung ordnungsgemäß führen kann.[6] Ist die Verhandlungsunfähigkeit eines Wahlverteidigers aber für das Gericht erkennbar, muß es einen Pflichtverteidiger bestellen. Denn bei notwendiger Verteidigung ist es verpflichtet.

---

1) LR 1 zu 141, OLG Hamm MDR 58, 707

2) LK II 29 vor 137, LR III 1 zu 138, KMR 2a vor 137, 1 zu 145 Schwarz StPO 2 zu 145, Einl. 4 Bb, RG 57, 373

3) Zur Verhandlungsfähigkeit vgl. vor allem LK I 130

4) BGH, 2, 300

5) so Eb. Schmidt (LK II 29 vor 137)

6) KMR 1 zu 145, Schwarz StPO 6 zu 338, BGH JR 62, 428

für die Mitwirkung eines der Sache gewachsenen Verteidigers Sorge zu tragen.

Ein Verteidiger muß aber nicht nur verhandlungsfähig, sondern wegen der vermögensrechtlichen Folgen und Beziehungen, die bei einer Verteidigung immer bestehen, auch prozeßfähig sein.[7] Der Beschuldigte ist daher auch dann als verteidigungslos anzusehen, wenn er einen prozeßunfähigen Verteidiger wählt. Auch dann kann ihm trotz der Wahl ein Pflichtverteidiger bestellt werden.

Denkbar ist ferner, daß ein Verteidiger zwar weder verhandlungs- noch prozeßunfähig ist, dennoch aber nicht in der Lage ist, eine Verteidigung ordnungsgemäß zu führen. Ist er etwa durch eine Erkrankung, die Folgen einer erst kurz überstandenen Krankheit, altersbedingte Störungen oder dergleichen gehindert, dem Verfahren mit der erforderlichen Aufmerksamkeit zu folgen oder sich zusammenhängend und verständlich zu den gegen den Beschuldigten erhobenen Vorwürfen oder den gegen ihn entsprechenden Beweisen zu äußern, kann von einer ordnungsgemäßen Verteidigung nicht die Rede sein. Der Verteidiger ist dann vielmehr als verteidigungsunfähig anzusehen, da er seine Aufgabe als Verteidiger nicht erfüllen kann. Um eine ordnungsgemäße Verteidigung des Beschuldigten sicherzustellen, ist daher auch hier die zusätzliche Bestellung eines Pflichtverteidigers als zulässig anzusehen.

3) Ein weiterer Fall, in dem dem Beschuldigten trotz einer Verteidigerwahl ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden kann, ergibt sich aus der Regelung des § 146. Nach § 146 ist es gestattet, daß die Verteidigung mehrerer Beschuldigter durch einen gemeinschaftlichen Verteidiger geführt wird. Um aber zu verhindern, daß auch nur einem Beschuldigten aus der gemeinschaftlichen Verteidigung ein Nachteil erwächst, ist Voraussetzung, daß die gemeinschaftliche Verteidigung der Aufgabe der Verteidigung nicht widerstreitet. Da es Aufgabe der Verteidigung bezüglich eines jeden Beschuldigten ist, alle für ihn günstigen Umstände aufzuzeigen und alle prozessualen Möglichkeiten auszunutzen, ist eine gemeinschaftliche Verteidigung stets unzulässig, wenn die Entlastung des einen Beschuldigten nur mittels einer Belastung eines anderen möglich ist und wenn eine Prozeßhandlung des Verteidigers zugunsten des einen Beschuldigten einen anderen immer zugleich benachteiligen muß.[8]

Tritt nun in einem Fall der notwendigen Verteidigung, in dem mehrere Beschuldigte einen gemeinschaftlichen Verteidiger gewählt haben[9], eine

---

7) LR III 1 zu 138, KMR 2a vor 137, Seibert JZ 51, 440 (vgl. auch § 52 ZPO)
8) LK II 2 zu 146, LR 2 zu 146, KMR 1 zu 146, RG 35, 189 ff
9) § 146 bezieht sich auf die Verteidigung schlechthin, betrifft also Wahl- wie Pflichtverteidigung, freiwillige wie notwendige Verteidigung.
Fortsetzg. siehe Seite 82, unten.

derartige Interessenkollision ein und ist daher die gemeinschaftliche Verteidigung unzulässig, ist in erster Linie der Verteidiger selbst verpflichtet, die Verteidigung der Beschuldigten soweit niederzulegen, daß er keine Beschuldigten mit einander widerstreitenden Interessen mehr vertritt.[10] Wird der Wahlverteidiger aber selbst nicht tätig, ist es Sache des Gerichts, von Amts wegen die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um den Interessenwiderstreit innerhalb der Verteidigung zu beseitigen. Denn sonst läge für die durch den Widerstreit benachteiligten Beschuldigten keine ordnungsgemäße Verteidigung vor.[11]

Das Gericht kann nun zwar nicht selbst entscheiden, welchen der Beschuldigten der Verteidiger weiterhin verteidigen soll, da es insoweit dem Willen des Verteidigers und der Beschuldigten nicht vorgreifen darf. Zulassen zur gemeinschaftlichen Verteidigung darf es den Verteidiger weiterhin aber nicht und daher hat es die gemeinschaftliche Verteidigung für unzulässig zu erklären. Entscheidet sich der Verteidiger daraufhin, für welchen der Beschuldigten er als Verteidiger auftreten will, ist dem anderen Beschuldigten, sofern er keinen anderen Wahlverteidiger heranzieht, ein Pflichtverteidiger zu bestellen. Verbleiben mehrere Beschuldigte nach der Entscheidung des Wahlverteidigers ohne Verteidiger, ist ihnen jeweils ein oder, falls unter ihnen eine Interessenkollision nicht besteht, ein gemeinschaftlicher Pflichtverteidiger zu bestellen.[13] Trifft der Wahlverteidiger keine Entscheidung, ob und welchen Beschuldigten er weiter verteidigen will, hat das Gericht ihn ganz von der Verteidigung auszuschließen.[14] Den Beschuldigten hat es dann, soweit sie selbst keinen anderen Wahlverteidiger beauftragen, jeweils einen Pflichtverteidiger zu bestellen, wobei ebenfalls für einen Teil von ihnen eine gemeinschaftliche Bestellung möglich ist, soweit kein Interessenwiderstreit besteht.

Fortsetzg. der Fußnote 9) von S. 81:

Hier ist nur auf die Folgen einer Interessenkollision bei gemeinschaftlicher Wahlverteidigung im Falle der notwendigen Verteidigung einzugehen. Bei freiwilliger Verteidigung ist der gemeinschaftliche Verteidiger notfalls auszuschließen, wenn er nicht selbst die Verteidigung ganz oder teilweise niederlegt. Die Regelung der Verteidigung bleibt dann den Beschuldigten überlassen.

10) LK II 3 zu 146, LR 1 und 3 zu 146, KMR 2 zu 146

11) LR 1 und 3 zu 146, LK II 2 zu 146, KMR 2 zu 146, Köhler GS 53, 165 (366/7

13) LR 4 zu 146, KMR 2 zu 146

14) LK II 5 zu 146, LR 3 zu 146, KMR 2 zu 146, Schwarz StPO 2 B vor 137, Luckanow S. 17

4) Weiter ist dem Beschuldigten trotz der Wahl eines Verteidigers ein Pflichtverteidiger auch dann zu bestellen, wenn der von ihm gewählte Verteidiger von der Verteidigung ausgeschlossen ist und er keinen anderen Verteidiger wählt. Der Beschuldigte hat zwar grundsätzlich dasRecht, den Verteidiger seines Vertrauens mit seiner Verteidigung zu beauftragen . Dieses Recht findet aber dort seine Grenze, wo die Mitwirkung des von ihm gewählten Verteidigers mit einer geordneten Rechtspflege nicht zu vereinbaren ist. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Mitwirkung eines bestimmten Verteidigers die geordnete Durchführung eines Strafverfahrens unmöglich machen würde und dieser daher von der Mitwirkung auszuschließen ist. Abgesehen von der Vorschrift des § 146, aus der auch nur mittelbar die Befugnis des Gerichts zum Ausschluß eines Verteidigers hergeleitet werden kann, enthält die StPO zwar keine Bestimmungen darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen einem Verteidiger die Verteidigungsbefugnis entzogen werden kann. Rechtsprechung und Lehre haben jedoch seit langer Zeit anerkannt, daß ein Verteidiger unter bestimmten, eng begrenzten Voraussetzungen für den Einzelfall vom Gericht ausgeschlossen werden kann. So hat sich durch die Rechtsprechung, Aufnahme durch die Beteiligten und Billigung durch den überwiegenden Teil der Rechtslehre Gewohnheitsrecht entwickelt.[15] Die, im einzelnen immer noch sehr umstrittene Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen einem Verteidiger die Verteidigungsbefugnis entzogen werden kann, kann hier nicht weiter verfolgt werden.[16] Zu sagen ist lediglich, daß immer nur eine Ausschließung für den Einzelfall und nur durch einen Gerichtsbeschluß erfolgen kann. Dem Beschuldigten ist dann stets Gelegenheit zu geben - notfalls durch eine Aussetzung der Hauptverhandlung - einen anderen Wahlverteidiger hinzuzuziehen. Macht er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch und beharrt auf seiner ursprünglichen Wahl, ist ihm bei notwendiger Verteidigung ein Pflichtverteidiger beizuordnen.

---

15) BVerfG DRiZ 63, 121

16) vgl. statt vieler: Anschütz, Die Entziehung der Verteidigungsbefugnis, Diss., 1959, Heidelberg und Gallas ZStW Bd. 53, 256 ff.

V. Die Bestellung eines Pflichtverteidigers neben einem Wahlverteidiger

1) Allen bisher erörterten Fällen ist gemeinsam, daß der Beschuldigte zwar einen Verteidiger gewählt hat, der gewählte Verteidiger aber aus in seiner Person oder in der Sache gelegenen Gründen die Verteidigung nicht oder nicht allein führen kann oder will und daß der Beschuldigte daher als unverteidigt anzusehen ist. Es stellt sich nun die Frage, ob dem Beschuldigten nicht doch auch über diese Fälle hinaus ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden kann, wenn der von ihm gewählte Verteidiger allen Anforderungen entspricht, die an einen Verteidiger zu stellen sind.

2) Zu denken ist hier einmal an den Fall, daß der Beschuldigte unmittelbar vor der Hauptverhandlung seinen Wahlverteidiger wechselt und der neue Verteidiger dementsprechend beim Beginn der Hauptverhandlung nicht ausreichend vorbereitet ist.[1] Sofort durchgeführt werden kann die Verhandlung hier zumindest dann nicht, wenn es sich um eine größere Sache handelt, die einer längeren Vorbereitung bedarf. Denn von einer ordnungsgemäßen Verteidigung kann nicht gesprochen werden, wenn dem Beschuldigten nur ein unvorbereiteter Verteidiger zur Seite steht.

Es fragt sich nun aber, ob eine Vertagung der Hauptverhandlung, die dem neuen Wahlverteidiger Gelegenheit zur Vorbereitung gibt, genügt oder ob dem Angeklagten nicht zusätzlich ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist, um dadurch sicherzustellen, daß in der neuen Hauptverhandlung ein ausreichend vorbereiteter Verteidiger anwesend ist. Denn es besteht immer die Möglichkeit, daß der Angeklagte kurz vor dem neuen Termin erneut den Wahlverteidiger wechselt und damit wiederum die Durchführung der Hauptverhandlung für den Augenblick unmöglich macht. Eine unmittelbare Anwendung des § 145 I ist nicht möglich. Denn § 145 I betrifft nur den Fall, daß der Verteidiger bei Beginn der Hauptverhandlung nicht erscheint, sich in ihr weigert, die Verteidigung zu führen oder sich unzeitig aus ihr entfernt. Anwesend ist der Verteidiger hier aber und er weigert sich auch nicht, die Verteidigung zu führen. Denn eine Weigerung ist nicht gegeben, wenn er die Verteidigung zwar führen will, dazu aber allein auf Grund mangelnder Vorbereitung nicht in der Lage ist.

---

1) vgl. oben § 13 IV 6), wo dargelegt ist, daß auch ein Wahlverteidiger bei notwendiger Verteidigung ausreichend vorbereitet sein muß.

Möglich erscheint aber eine entsprechende Anwendung des § 145 I. Er soll sicherstellen, daß auch beim Ausfall des notwendigen Verteidigers eine geordnete Hauptverhandlung durchgeführt werden kann. Dem Ausfall des notwendigen Verteidigers steht es aber gleich, wenn zwar ein Verteidiger anwesend ist und die Verteidigung auch führen will, dazu aber wegen fehlender Vorbereitung nicht imstande ist. Einer entsprechenden Anwendung des § 145 I steht allerdings das Recht des Beschuldigten auf freie Wahl eines Verteidigers und auf ausreichende Vorbereitung des von ihm gewählten Verteidigers entgegen. Denn das Recht auf freie Verteidigerwahl umfaßt mit Sicherheit auch das Recht, den Verteidiger zu wechseln. Im allgemeinen wird daher auch eine entsprechende Anwendung des § 145 I nicht in Betracht kommen, wenn der Beschuldigte seinen Wahlverteidiger erst kurz vor der Hauptverhandlung wechselt. Denn nicht jede Ausnutzung eines Rechts, die zu einem vom Gesetz nicht beabsichtigten Erfolg führt, führt zum Entzug des Rechts. Daher kann auch nicht die Ausübung des Rechts auf freie Verteidigerwahl dazu führen, daß dieses Recht entzogen oder es zumindest durch die zusätzliche Bestellung eines Pflichtverteidigers beschränkt wird, selbst wenn dadurch eine Vertagung der Hauptverhandlung zur Vorbereitung des Verteidigers notwendig wird.

Anders ist dies jedoch, wenn der Beschuldigte durch ständigen Verteidigerwechsel planmäßig versucht, die Durchführung der Hauptverhandlung für lange Zeit zu verhindern. Dann mißbraucht der Angeklagte nämlich sein Recht auf freie Verteidigerwahl. Dieser Rechtsmißbrauch führt aber dazu, daß sein Recht beschränkt werden kann. Man muß es daher als zulässig ansehen, daß dem Beschuldigten in entsprechender Anwendung des § 145 I neben dem Wahlverteidiger ein Pflichtverteidiger bestellt wird, wenn er sein Recht auf freie Wahl eines Verteidigers mibraucht, um eine geordnete Durchführung der Hauptverhandlung für den Augenblick zu verhindern. [2]

---

2) Entsprechendes gilt, wenn der durch einen Pflichtverteidiger verteidigte Beschuldigte erstmals kurz vor der Hauptverhandlung einen Verteidiger wählt, so daß die Rücknahme der Bestellung erforderlich wird.
Eine Aufrechterhaltung der Bestellung entgegen § 143 ist hier ebenfalls nur dann als zulässig anzusehen, wenn der Angeklagte sein Recht auf freie Verteidigerwahl mißbraucht, um die Vertagung der Hauptverhandlung zu erzwingen (wie hier auch KMR 2 zu 143).

3) Möglich erscheint die Bestellung eines Pflichtverteidigers neben einem Wahlverteidiger auch dann, wenn bereits vor Beginn der Hauptverhandlung damit zu rechnen ist, daß der Wahlverteidiger in der Hauptverhandlung nicht oder nicht ständig anwesend sein und die Verteidigung führen kann.[3] § 145 I ist in diesem Fall ebenfalls nicht unmittelbar anzuwenden, da ein tatsächliches Ausbleiben, Weigern oder Sich-Entfernen noch nicht gegeben ist. In Betracht kommt aber auch hier eine entsprechende Anwendung des § 145 I. Wenn nämlich bereits vor Beginn der Hauptverhandlung feststeht, daß sie erst reibungslos durchgeführt werden kann, nachdem das Gericht dem Beschuldigten einen Pflichtverteidiger beigeordnet hat, muß es dem Gericht auch möglich sein, die geordnete Durchführung der Hauptverhandlung bereits vor deren Beginn durch die Bestellung eines Pflichtverteidigers sicherzustellen.

Eine derartige vorbeugende Verteidigerbestellung neben dem Wahlverteidiger darf aber das Recht des Beschuldigten auf freie Wahl seines Verteidigers nicht beeinträchtigen. Sie ist daher nur unter zwei Voraussetzungen als zulässig anzusehen: Einmal muß mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit feststehen, daß der Wahlverteidiger die Verteidigung in der Hauptverhandlung tatsächlich nicht führen kann oder will. Dies ist beispielsweise zu bejahen, wenn dem Gericht bekannt ist, daß der Wahlverteidiger schwer erkrankt ist und innerhalb absehbarer Zeit mit seiner Genesung nicht zu rechnen ist. Ebenso ist es auch dann zu bejahen, wenn der Wahlverteidiger selbst dem Gericht mitteilt, daß er an dem in Aussicht genommenen Termin mit Sicherheit verhindert sein wird. Beantragt der Wahlverteidiger dagegen die Vertagung des Termins unter dem Hinweis, er werde an der Wahrnehmung des Termins gehindert sein, kann das Gericht nicht davon ausgehen, daß der Angeklagte in der Hauptverhandlung unverteidigt sein wird. Es hat daher allein über den Vertagungsantrag zu entscheiden, denn erst wenn das Gericht den Absetzungsantrag ablehnt, ist es Sache des Verteidigers, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Verteidigung des Angeklagten wahrnehmen zu können. So kann er sich etwa, wenn er in mehreren Verfahren tätig ist, in einem der Verfahren vertreten lassen oder die Verteidigung in einem Verfahren niederlegen. Solange er keine Entscheidung in dieser Richtung getroffen hat, kann das Gericht auch nicht damit rechnen, daß er die Verteidigung in der Hauptverhandlung nicht führen wird oder daß der Angeklagte in ihr ohne Verteidiger sein wird. Denn es ist durchaus

3) BGH 15, 306 (309)

auch möglich, daß er sich durch einen anderen Verteidiger vertreten lassen wird oder daß der Angeklagte einen anderen Verteidiger wählen wird. Teilt der Wahlverteidiger dem Gericht allerdings nach der Entscheidung über den Vertagungsantrag mit, daß er an der Teilnahme an der Hauptverhandlung verhindert sein wird, wäre insoweit eine Verteidigerbestellung zulässig. Voraussetzung ist jedoch weiter, daß der Angeklagte von seinem Recht zur Wahl eines Verteidigers keinen Gebrauch machen will. Nach dem Ausfall seines bisherigen Wahlverteidigers muß der Angeklagte zumindest dann, wenn er den Ausfall nicht zu vertreten hat, erneut Gelegenheit haben, einen Wahlverteidiger seines Vertrauens zu beauftragen. Durch die Wahl eines neuen Verteidigers kann zwar unter Umständen eine Vertagung der Hauptverhandlung notwendig werden, weil der neu gewählte Verteidiger Zeit für seine Vorbereitung benötigt. Die Bestellung eines Pflichtverteidigers rechtfertigt dies allein aber noch keineswegs, zumal ja auch dieser Vorbereitungszeit braucht. Der Beschuldigte hat grundsätzlich das Recht auf freie Verteidigerwahl und auf entsprechende Vorbereitung des von ihm gewählten Verteidigers. Dieses Recht darf nur beschränkt werden, wenn eine geordnete Durchführung des Hauptverfahrens nicht anders sichergestellt werden kann. Kann oder will der bisherige Wahlverteidiger des Beschuldigten aber an der Hauptverhandlung nicht teilnehmen und muß der Beschuldigte daher einen neuen Verteidiger wählen, kann nicht davon die Rede sein, daß eine geordnete Durchführung der Hauptverhandlung nur durch eine vorbeugende Bestellung eines Pflichtverteidigers sichergestellt werden kann. Denn es bestehen dann keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß die Hauptverhandlung nach der Vertagung nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann. Da vielmehr stets davon auszugehen ist, daß der neugewählte Verteidiger die Verteidigung auch führen wird, ist allein eine Vertagung der Hauptverhandlung angebracht, zumal dadurch unter Umständen erreicht werden kann, daß der Beschuldigte sogar durch seinen bisherigen Wahlverteidiger verteidigt werden wird. Will der Beschuldigte allerdings keinen anderen Wahlverteidiger hinzuziehen und ist der bisherige mit einiger Wahrscheinlichkeit auch in einem neu angesetzten Termin verhindert, wird man eine vorbeugende Verteidigerbestellung neben dem Wahlverteidiger als zulässig ansehen müssen, da dann nur so die Durchführung der Hauptverhandlung gesichert werden kann.[4]

4) Zu allgemein hier BGH 15, 306 (309); falsch OLG Stuttgart B. v. 8. 10. 64 - 1 Ws 237/65, das eine Bestellung schon als zulässig ansieht, wenn noch nicht einmal feststeht, ob der Wahlverteidiger tatsächlich ausbleiben wird und ob der Angeklagte nicht gegebenenfalls einen anderen Wahlverteidiger hinzuziehen wird. Die Begründung, die StPO habe an derartige

Fortsetzg. siehe S. 88, unten

Fortsetzg. der Fußnote 4) von Seite 87:

Mammutverfahren - es handelte sich um ein Schwurgerichtsverfahren, das auf mehrere Wochen angesetzt war - nicht gedacht und daher sei die vorbeugende Bestellung nicht rechtswidrig, ist nicht überzeugend; mit derselben Begründung könnte man alle zum Schutz des Angeklagten bestehenden Vorschriften - wie es die des § 137 unzweifelhaft ist - zum Nachteil des Beschuldigten aufweichen.

2. Teil

DIE FÄLLE DER NOTWENDIGEN VERTEIDIGUNG

§ 15 1. Abschnitt: Die einzelnen Fälle des § 140 Abs. I StPO

I. § 140 Abs. I Nr. 1 StPO

Seit der Neufassung des § 140 ist nach Abs. I Nr. 1 die Mitwirkung eines Verteidigers zunächst immer erforderlich, wenn die Hauptverhandlung des ersten Rechtszugs vor dem Landgericht, dem Oberlandesgericht[1] oder dem Bundesgerichtshof stattfindet.[2] Dabei ist unbeachtlich, ob die sachliche Zuständigkeit eines der genannten Gerichte im Einzelfall gegeben ist. Das Gesetz stellt allein darauf ab, ob die Hauptverhandlung des ersten Rechtszugs vor ihnen stattfindet.[3] Auch wenn die sachliche Zuständigkeit daher irrig angenommen worden ist, oder der Zuständigkeitsgrund im Laufe der Verhandlung entfällt, bleibt die Verteidigung notwendig.

Gleichgültig ist ferner, ob es sich bei dem Angeklagten um einen Erwachsenen, einen Jugendlichen oder einen Heranwachsenden handelt. Denn ein Verteidiger darf nie in einer Verhandlung des ersten Rechtszugs vor diesen Gerichten fehlen.[4]

---

1) Auch in der Hauptverhandlung des ersten Rechtszugs vor dem bayerischen Obersten Landesgericht, da es lediglich an die Stelle der Oberlandesgerichte tritt (§ 120 GVG Art. 22 Nr. 1 bay. AGGVG)

2) Die Ausweitung der Notwendigkeit auf alle vor dem Landgericht zu verhandelnden Fälle durch das StPÄG bedeutet sachlich keine wesentliche Neuerung, da nach der Rechtsprechung in Strafkammersachen nur in Ausnahmefällen von der Bestellung eines Pflichtverteidigers abgesehen werden konnte (BGH 7, 69; 6, 199 = LM Nr. 15 zu § 140 StPO mit Anm. Sarstedt)

3) LK II 15 zu 140, LR II 1 zu 140, KMR 4 zu 140

4) Gegen Jugendliche und Heranwachsende kann vor den genannten Gerichten verhandelt werden nach §§ 102 S. 1, 103 I, 112 JGG
vgl. unten § 17 III

II. § 140 Abs. I Nr. 2 StPO

1) Die Verteidigung ist weiter notwendig, wenn eine Tat in Frage kommt, die nicht nur wegen Rückfalls ein Verbrechen ist. Maßgebend ist hierbei der Verbrechensbegriff des materiellen Strafrechts.[1] Nach § 1 I StGB ist Verbrechen eine mit Zuchthaus oder mit Einschließung von mehr als fünf Jahren bedrohte Handlung. Nach der herrschenden abstrakten Betrachtungsweise ist dabei nicht von der im Einzelfall konkret zu erwartenden Strafe, sondern vom ordentlichen Strafrahmen auszugehen.[2] Droht das Gesetz gleichberechtigt nebeneinander verschiedene Strafen an, so ist auf die höchste zulässige Strafart und das höchste zulässige Strafmaß abzustellen.[3] Bloße Änderungen des Strafrahmens, die im Einzelfall die Verhängung einer milderen oder härteren Strafe ermöglichen, bleiben für die Qualifikationsfrage außer Betracht, sofern nicht gleichzeitig neue Tatbestandsmerkmale eingeführt werden. Der minderschwere Fall eines Verbrechens bleibt daher doch immer Verbrechen, der schwere oder besonders schwere Fall eines Vergehens immer Vergehen, selbst wenn das Gesetz einzelne besonders schwere Fälle beispielhaft aufzählt. Der Deliktscharakter wird auch durch die allgemein zugelassenen mildernden Umstände wie Versuch, Beihilfe, Verbotsirrtum und verminderte Zurechnungsfähigkeit nicht beeinflußt.[4]
Besonders umstritten ist, ob eine Verurteilung nach § 20a StGB als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher einen Übergang zum Verbrechen bildet. Für die Frage der Notwendigkeit der Verteidigung ist dieser Streit an sich ohne große praktische Bedeutung: Kommt eine Verurteilung nach § 20a StGB in Betracht, wird die Staatsanwaltschaft im Regelfall auch dann, wenn die abzuurteilende Tat für sich allein betrachtet nur ein Vergehen oder ein Rückfallverbrechen wäre, Anklage zum Landgericht erheben. In einem Verfahren vor dem Landgericht ist aber die Verteidigung bereits nach § 140 I Nr. 1 notwendig, so daß es in der Praxis nicht mehr darauf ankommt, ob die Notwendigkeit der Verteidigung auch aus § 140 I Nr. 2 folgt. Immerhin scheint

1) LK II 16 zu 140, LR II 2a zu 140, KMR 4 zu 140, BGH 1, 302 (304), OLG Frankfurt NJW 49, 519

2) Maurach AT S. 112/3 mit Nachweisen, Schönke-Schröder 4 ff zu 1, Schwarz StGB 2 zu 1, Seibert DRiZ 56, 152, RG 3, 52; 69, 51; 74, 65, BGH 2, 181; 2, 393; 3, 47; 4, 226; 8, 79; 11, 241

3) BGH 2, 393 (394); 4, 226 (227)

4) BGH 2, 181; 3, 47; 4, 226; 11, 241; OLG Hamm NJW 56, 682

möglich, daß im Einzelfall auch bei einer möglichen Verurteilung nach § 20a StGB Anklage zum Amtsgericht erhoben wird, weil keine höhere Strafe als zwei Jahre Zuchthaus und kein Ausspruch von Sicherungsverwahrung zu erwarten ist. Sofern es sich dann bei der Tat nur um ein Vergehen oder Rückfallverbrechen handelt, kann für die Frage der Notwendigkeit der Verteidigung entscheidend sein, ob sich durch die Verurteilung nach § 20a StGB die Deliktnatur ändert. Es ist deshalb kurz dazu Stellung zu nehmen. Das RG und der BGH haben in ständiger Rechtsprechung eine Qualifikationsänderung durch § 20a StGB verneint[5] mit der Begründung, es handle sich um einen allgemeinen persönlichen Strafschärfungsgrund, der auf einen bestimmten kriminologischen Tätertyp zutreffe; der Deliktscharakter könne sich aber nur durch Unterschiede der Taten, nicht der Täter ändern. Maßgebend sei zudem allein, ob der jeweilige Tatbestand durch das Hinzufügen neuer Tatbestandsmerkmale erweitert oder verschärft und somit ein neuer selbständiger Tatbestand gebildet werde. Diese Begründung vermag nicht zu befriedigen: Die Versagung der Qualifikationsänderung bedeutet eine Auslegung des § 20a StGB gegen seinen ausdrücklichen Wortlaut, ohne daß hierzu ein zwingender Anlaß besteht. Ein persönlicher Strafschärfungsgrund schließt eine Tatbestandsänderung keineswegs aus. Die Eigenschaft als Gewohnheitsverbrecher ist vergleichbar mit der Gewohnheitsmäßigkeit[6], die unbestritten zu einer Änderung des Deliktscharakters führen kann.[7] Weiter ist die Strafschärfung nach § 20a StGB der wegen Rückfalls sehr ähnlich. Sie knüpft aber ebenfalls an den Täter und nicht an die Tat an und begründet anerkanntermaßen eine Qualifikationsänderung.[8] Ein Unterschied besteht lediglich insofern, als es sich in diesen beiden Fällen jeweils um einen besonderen, bei § 20a StGB dagegen um einen allgemeinen Strafschärfungsgrund handelt, dessen Voraussetzungen aber in allen drei Fällen abschließend normiert sind. Damit aber besteht kein Grund, eine Qualifikationsänderung auch bei einem benannten allgemeinen Strafschärfungsgrund, der sich ohne weiteres in den Tatbestand der einzelnen Beweggründe hineindenken läßt, zu verneinen. Wenn die Voraussetzungen des § 20a StGB gegeben sind, ist daher jede Tat als Verbrechen anzusehen.[9] Dementsprechend ist auch die Verteidigung immer

5) Schönke-Schröder 5 zu 1 mit Nachweisen, RG 70, 289; 74, 65, BGH 4, 226

6) So auch BGH 4, 226, allerdings mit anderem Ergebnis

7) z.B. § 260 StGB

8) z.B. §§ 244, 261, 264 StGB; s.a. BGH 7, 767

9) im Ergebnis ebenso Schönke-Schröder 6 zu 1, 47 zu 20a, Schwarz StGB 3 zu 20a, Dreher GA 53, 129, G. Schwarz NJW 53, 1617; so auch Engisch JZ 54,46 auf Grund der von ihm vertretenen spezialisierenden Betrachtungsweise (s. dazu auch Gutzke NJW 56, 581 und Engisch SJZ 46, 233; 48, 660 und JZ 54,46)

notwendig, wenn eine Aburteilung des Beschuldigten nach § 20a StGB in Frage kommt.[10]
Nichts anderes gilt dann, wenn die Verurteilung des Beschuldigten nach § 94 StGB in Betracht kommt. Der Gesetzgeber hat in § 94 StGB durch die abschließende Formulierung der Strafschärfungsvoraussetzungen, durch die Voranstellung der Zuchthausstrafe und durch die Fassung "wenn die Tat ohne diese Strafschärfung ein Verbrechen wäre" eindeutig klargestellt, daß ein unter den Voraussetzungen des § 94 StGB begangene Tat ein Verbrechen ist und zwar selbst dann, wenn im Einzelfall nicht auf eine Zuchthausstrafe erkannt wird.[11] Kommt daher eine Verurteilung des Beschuldigten nach § 94 StGB in Betracht, ist die Verteidigung nach § 140 I Nr. 2 notwendig.

2) Als Verbrechen kommt eine Tat immer dann "in Frage" im Sinne des § 140 I Nr. 2, wenn eine nicht ganz entfernte Möglichkeit besteht, daß sie im Urteil als Verbrechen bewertet wird.[12]

Wird die Tat in der Anklageschrift als Verbrechen bezeichnet, ist diese Möglichkeit immer gegeben. Auf die Anklageschrift ist zunächst abzustellen, da dem Angeschuldigten ein Pflichtverteidiger spätestens bestellt werden muß, sobald er gemäß § 201 zu Erklärungen über die Anklageschrift aufgefordert ist, also bereits vor der Zulassung der Anklage zur Hauptverhandlung.[13] Bezeichnet die Anklageschrift die Tat dagegen nicht als Verbrechen, wohl aber der Eröffnungsbeschluß in Abweichung von ihr, besteht diese Möglichkeit ebenfalls ohne weiteres. Sie kann sich aber auch erst während der Hauptverhandlung ergeben, etwa infolge neuer Feststellungen hinsichtlich des Tatvorgangs, einer anderen rechtlichen Beurteilung oder auch einer Nachtraganklage.[14] Die Notwendigkeit der Verteidigung tritt dann in diesem Augenblick ein und bleibt solange bestehen, bis rechtskräftig entschieden ist, daß kein Verbrechen vorliegt.[15] Hieran ändert sich auch nichts, wenn sich im Laufe des Verfahrens

---

10) aA LK II 16 zu 140

11) Maurach BT S. 498, Schwarz StGB 1 zu § 94, von Weber MDR 51, 644, Schafheutle JZ 51, 615, Blei GA 1961, 225, BGH 14, 101 und NJW 62, 1355

12) LK II 17 zu 140, LR II 2b zu 140, KMR 4 zu 140

13) § 141 I, s.a. Kreitmair S. 26, Köhler GS 53, 186, unklar hier Schwarz 3 zu 140, der anscheinend nur auf den Eröffnungsbeschluß abstellt

14) RG 65, 246 und JW 37, 175

15) Zum Beginn und Dauer der Notwendigkeit der Verteidigung im allgemeinen vgl. unten § 19 und § 20. Einige, bei § 140 I Nr. 2 besonders auftauchende Probleme der Dauer der Notwendigkeit sollen des Zusammenhangs wegen bereits im folgenden dargestellt werden.

dann herausstellt, daß die Möglichkeit einer Verurteilung des Angeklagten wegen eines Verbrechens immer geringer wird und nur eine Verurteilung wegen eines Vergehens oder auch ein Freispruch zu erwarten ist. Selbst dann, wenn der wegen eines Verbrechens Angeklagte, aber nur wegen eines Vergehens Verurteilte allein oder gemeinsam mit der Staatsanwaltschaft nur zu seinen Gunsten ein Rechtsmittel einlegen, bleibt die Verteidigung notwendig, da der Angeklagte trotz des Verbots der reformatio in peius[16] auch in der Rechtsmittelinstanz wegen eines Verbrechens verurteilt werden kann. Ficht allerdings der Angeklagte bzw. der Staatsanwalt zu dessen Gunsten oder Ungunsten durch ein Rechtsmittel nur den Strafausspruch, nicht dagegen auch den wegen eines Vergehens ergangenen Schuldspruch an, so ist die Verurteilung des Angeklagten wegen eines Verbrechens nicht mehr möglich. Damit entfällt dann auch die Notwendigkeit der Verteidigung nach § 140 I Nr. 2.

Nach ähnlichen Gesichtspunkten ist auch die Frage zu entscheiden, ob die Verteidigung notwendig bleibt, wenn die abzuurteilende Tat in der Anklageschrift als Verbrechen bewertet worden war, das eröffnende Gericht die Anklage aber nur wegen eines Vergehens zugelassen hat. Hier ist zu unterscheiden, weshalb das Gericht die Zulassung der Anklage wegen eines Verbrechens abgelehnt hat: Hatte die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage erhoben wegen mehrerer Taten, von denen nicht alle als Verbrechen bewertet wurden, das Gericht die Eröffnung der Hauptverhandlung aber hinsichtlich dieser als Verbrechen bewerteten Einzeltaten abgelehnt, so entfällt die Notwendigkeit der Verteidigung für das Hauptverfahren. Denn die Verteidigung ist zwar bei der Verbindung mehrerer Strafsachen gegen den selben Beschuldigten für das ganze Verfahren notwendig, wenn auch nur wegen einer der verbundenen Sachen die Verteidigung notwendig ist, doch gilt dies nur, solange die Verbindung besteht.[17] Werden daher nur Taten zur Anklage zugelassen wegen deren die Verteidigung nicht notwendig ist, so entfällt die Notwendigkeit der Verteidigung, auch wenn diese Strafsachen während des Vorverfahrens mit solchen, die die Notwendigkeit begründen, verbunden waren. Dagegen bleibt die Verteidigung notwendig, wenn das Gericht die Tat rechtlich abweichend von der Anklageschrift gewürdigt und daher nur die Anklage wegen eines Vergehens zugelassen hat. Trotz der Nichtzulassung der Anklage wegen eines Verbrechens ist hier nach wie vor eine nicht völlig entfernte Möglichkeit gegeben, daß die Tat im Urteil als Verbrechen bewertet wird, auch wenn die Wahrscheinlichkeit dafür geringer geworden ist. Die Staatsanwaltschaft

16) §§ 331 I, 358 II; RG 62, 82
17) vgl. unten § 18 II

wird zumindest in einem Teil aller derartigen Fälle auf ihrer rechtlichen Beurteilung der Tat beharren und in der Hauptverhandlung die Verurteilung wegen eines Verbrechens beantragen. Auch das erkennende Gericht ist nicht an die Beurteilung der Tat, die dem Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu Grunde liegt, gebunden, sondern kann, wenn auch erst nach einem entsprechenden Hinweis, den Angeklagten wegen eines Verbrechens schuldig sprechen. Zumindest aus prozeßökonomischen Gründen wäre es daher nicht angebracht, die Notwendigkeit der Verteidigung zu verneinen und die Bestellung des Pflichtverteidigers zurückzunehmen, zumal auch die unterschiedliche rechtliche Beurteilung seitens der Staatsanwaltschaft und des Gerichts regelmäßig als Anzeichen für die Schwierigkeit der Rechtslage zu werten sein wird, so daß die Verteidigung nach § 140 II als notwendig anzusehen wäre. Entscheidend ist aber vor allem folgender Gesichtspunkt: Die Bestellung des Pflichtverteidigers vor dem Ergehen des Eröffnungsbeschlusses hat den Sinn, daß dem Angeschuldigten spätestens dann ein Verteidiger zur Seite stehen soll, wenn er sich zur Anklageschrift erklären soll. Es ist nun aber niemals auszuschließen, daß die abweichende Beurteilung der Tat im Eröffnungsbeschluß gerade auf diese mit Unterstützung des Verteidigers zustande gekommene Erklärung des Angeschuldigten zurückzuführen ist. Nun wäre es aber widersinnig, die Notwendigkeit der Verteidigung deshalb entfallen zu lassen, weil die bereits vor dem Eröffnungsbeschluß entfaltete Tätigkeit des Verteidigers erfolgreich war. Man muß daher annehmen, daß die einmal begründete Notwendigkeit auch in diesem Fall solange bestehen bleibt, bis über das Vorliegen eines Verbrechens rechtskräftig entschieden ist. [18]

Ähnliches muß auch dann gelten, wenn die Verteidigung noch vor Erhebung der öffentlichen Klage, sei es vor oder nach dem Abschluß der Ermittlungen, als notwendig nach § 140 I Nr. 2 angesehen und dem Beschuldigten daher schon zu diesem Zeitpunkt ein Pflichtverteidiger bestellt worden ist. Denn es ist hier davon auszugehen, daß die Bestellung eines Verteidigers nicht schon bei dem leisesten Verdacht beantragt oder angeordnet wird, sondern erst dann, wenn ernsthafte Gründe dafür vorliegen, daß die Verteidigung im Hauptverfahren notwendig sein wird, weil die Tat möglicherweise als Verbrechen anzusehen ist. Solange diese Möglichkeit dann aber nicht endgültig ausscheidet, bleibt die Verteidigung für das ganze Verfahren notwendig. Eine

18) aA Kreitmair S. 26, der die Notwendigkeit der Verteidigung immer als beendet ansieht, wenn die Tat im Eröffnungsbeschluß nicht mehr als Verbrechen bewertet wird.

rechtskräftige Entscheidung, daß ein Verbrechen nicht vorliegt, kann man in diesem Falle allerdings nicht verlangen, sondern muß es genügen lassen, daß der Beschuldigte nicht mehr eines Verbrechens verdächtigt ist.
Dann entfällt die Notwendigkeit der Verteidigung und die Bestellung des Pflichtverteidigers ist daher, sofern die Verteidigung nicht nach einer anderen Bestimmung notwendig ist, zurückzunehmen.

III. § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO

Die Mitwirkung eines Verteidigers ist weiter notwendig in jedem Verfahren, das zur Unterbringung des Beschuldigten in einer Heil- oder Pflegeanstalt oder zur Untersagung der Berufsausbildung führen kann. Eine Verteidigerbestellung ist aber auch hier nicht schon dann erforderlich, wenn nur ganz allgemein die Möglichkeit besteht, daß eine der genannten Maßnahmen angeordnet wird. Vielmehr ist bei der Prüfung der Notwendigkeit darauf abzustellen, ob im Einzelfall mit einer Maßregelanordnung zu rechnen ist.[1] Ähnlich wie bei § 140 I Nr. 2 muß auch hier eine nicht ganz entfernte Möglichkeit bestehen, daß im Urteil die Unterbringung angeordnet oder die Berufsausübung untersagt wird. Diese Möglichkeit kann auch hier schon bei der Eröffnung des Hauptverfahrens gegeben sein, wenn etwa die Staatsanwaltschaft schon in der Anklageschrift einen Antrag auf Verhängung einer Maßregel nach §§ 42 b oder 42 e StGB ankündigt.[2] Sie kann aber auch hier erst in der Hauptverhandlung zutage treten, wenn sich etwa erst in ihr Umstände ergeben, die dem Gericht Anlaß geben, sich mit der Anordnung einer sogenannten Maßregel zu befassen.[3] Dann wird die Verteidigung in diesem Augenblick notwendig und bleibt es bis zum Ende des Verfahrens. Ob die Wahrscheinlichkeit einer Maßregelanordnung im Verlauf des Verfahrens geringer wird und ob es wirklich zu einer derartigen Maßnahme kommt, ist bedeutungslos.[4] Ein Verteidiger muß bis zum Ende der Verhandlung mitwirken.

---

1) LK II 17 zu 140, LR II 3b zu 140, KMR 4 zu 140, RG JW 38, 2346 (hinsichtlich § 42 e StGB) BGH 4, 321

2) Stets notwendig ist dementsprechend die Verteidigung im Sicherungsverfahren nach §§ 429 a ff. Da hierfür immer die Strafkammer zuständig ist (§ 429 b III), ergibt sich die Notwendigkeit bereits aus § 140 I Nr. 1. Nur im Sicherungsverfahren gegen Jugendliche, für die das Jugendschöffengericht zuständig ist (OLG Karlsruhe JZ 57, 31, OLG Oldenburg NJW 58, 1200), folgt die Notwendigkeit aus § 140 I Nr. 3 in Verbindung mit §§ 68 Nr. 1 JGG

3) OLG Celle NJW 64, 877

4) RG 70, 317 und HRR 42, 256

IV. § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO

In jedem Verfahren verteidigt werden muß weiterhin ein tauber oder stummer Beschuldigter. Das Vorliegen von Taubheit oder Stummheit ist dabei nicht nur aus medizinischer Sicht zu beurteilen. Das Gesetz stellt hier auf die Verhandlungsunfähigkeit des Beschuldigten ab und will durch die Mitwirkung eines Verteidigers verhindern, daß dem Beschuldigten aus seinem körperlichen Gebrechen dadurch Nachteile erwachsen, daß er der Verhandlung nicht folgen oder sich in ihr nicht verständlich machen kann. Als stumm ist daher auch derjenige anzusehen, der zwar noch irgendwelche Laute von sich geben, sich durch diese Laute aber nicht jedem gewöhnlichen Menschen verständlich machen kann. [1] Ob es sich dabei um einen dauernden oder nur vorübergehenden Zustand handelt, ist gleichgültig. [2] Dasselbe gilt hinsichtlich der Taubheit. Taub ist derjenige, dessen Gehörvermögen auf beiden Ohren zumindest vorübergehend in derartig hohem Maße beeinträchtigt ist, daß er gesprochene Laute als solche akkustisch nicht mehr aufnehmen und verstehen kann und eine Verständigung mit ihm durch die gesprochene Sprache daher nicht mehr möglich ist.

Selbst schwere Sprachfehler oder hochgradige Schwerhörigkeit sind dagegen der Stummheit bzw. der Taubheit nicht gleichzustellen, wenn der Beschuldigte noch ausreichend befähigt ist, Gesprochenes aufzunehmen bzw. alles, was er zu seiner Verteidigung anführen möchte, in - wenn auch schwer-verständlicher Weise - zum Ausdruck bringen kann. [3]

---

1) LK II 20 zu 140, LR II 4 zu 140, KMR 8 zu 140

2) RG GA Bd. 59, 337

3) Hier kommt eine Verteidigerbestellung nach § 140 II in Betracht. (OLG Hamm NJW 52, 1190)

V. § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO

1) Notwendig ist die Verteidigung ferner immer, wenn der Beschuldigte sich mindestens drei Monate in derselben oder in einer anderen Sache in Untersuchungshaft oder auf Grund behördlicher Anordnung in einer Heil- oder Pflegeanstalt befunden hat und nicht mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung aus der Untersuchungshaft oder Heil- und Pflegeanstalt entlassen worden ist.

Es müssen also mehrere Voraussetzungen für die Notwendigkeit der Verteidigung gegeben sein. Einmal muß eine der genannten Arten der Freiheitsentziehung vorliegen. Die früher lebhaft umstrittene Frage, ob unter "Haft" im Sinne des § 140 I Nr. 5 a.F. jede staatlich vollzogene Freiheitsentziehung[1] zu verstehen sei oder nur die Untersuchungshaft in der Sache, in der die Bestellung eines Pflichtverteidigers in Betracht kommt[2], ist durch die Neufassung des § 140 I Nr. 5 durch das StPÄG eindeutig entschieden worden: Nicht nur bei Untersuchungshaft in derselben Sache kann die Verteidigung notwendig sein, sondern auch dann, wenn der Beschuldigte sich in einer anderen Sache in Untersuchungshaft befindet oder wenn er in einer Heil- oder Pflegeanstalt untergebracht ist.

Die Unterbringung des Beschuldigten in eine Anstalt muß auf einer behördlichen Anordnung beruhen. Ob der Beschuldigte mit der Unterbringung einverstanden war oder nicht, ist bedeutungslos. Ebenso ist gleichgültig, von welcher Behörde und auf Grund welcher Vorschriften sie angeordnet worden ist.[3] Selbst die Unterbringung eines entmündigten Beschuldigten in einer geschlossenen Heil- oder Pflegeanstalt durch seinen Vormund ist als Unterbringung auf Grund behördlicher Anordnung im Sinne des § 140 I Nr. 5 anzusehen. Jede mit einer Freiheitsentziehung verbundene Anstaltsunterbringung eines Mündels bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts[4] und daher ist auch sie auf eine behördliche Anordnung zurückzuführen.[5]

2) Die Freiheitsentziehung muß ferner eine Dauer von drei Monaten überschritten haben, wenn die Verteidigung notwendig sein soll. Der Grund für diese Regelung ist nicht ersichtlich: Die vom Bundesgerichtshof[6] unter

1) LK II 21 zu 140 mit Nachweisen, Eb. Schmidt JZ 54, 345, BGH 3, 334
2) LR II 5a zu 140 mit Nachweisen, BGH 4, 308 (Großer Senat)
3) Schwarz StPO 3 zu 140, BT Drucksache IV/178 S. 30
4) § 1800 II BGB (s.a. BVerfG NJW 60, 811)
5) OLG Celle MDR 65, 844
6) BGH 4, 308 (312)

Berufung auf die Entstehungsgeschichte hinsichtlich des § 140 I Nr. 5 a.F. vertretene Ansicht, die lange Dauer der Haft diene als unwiderlegbares Anzeichen für die Schwere der Tat oder die Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage, und aus diesem Grunde sei die Verteidigung des Beschuldigten geboten, kann für das geltende Recht nicht mehr zutreffen. Denn nach der heutigen Fassung kann die Notwendigkeit der Verteidigung auch durch andere Freiheitsentziehungen begründet werden. Zudem müßte die Verteidigung auch im Falle einer Entlassung des Beschuldigten vor dem Beginn der Verhandlung notwendig bleiben, da die lange Freiheitsentziehung auch dann noch als Anzeichen für die Schwere der Tat oder die Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage anzusehen wäre.

Als Grund dieser Regelung kommt somit nur in Betracht, daß der Gesetzgeber das infolge der langen Freiheitsentziehung gesteigerte Schutzbedürfnis des Beschuldigten anerkennt. Von dieser Erwägung allein kann der Gesetzgeber aber nicht ausgegangen sein. Denn ein besonderes Schutzbedürfnis des Beschuldigten besteht auch dann, wenn er sich für eine ebenso lange Zeit aus anderen als den in § 140 I Nr. 5 genannten Gründen nicht in Freiheit befindet. Man muß daher annehmen, daß der Gesetzgeber zwar dem besonderen Schutzbedürfnis des durch eine so lange Freiheitsentziehung in seinen Verteidigungsmöglichkeiten beeinträchtigten Beschuldigten Rechnung tragen wollte, daß er dieses Schutzbedürfnis aber nur dann als so schwerwiegend erachtete, um die Notwendigkeit der Verteidigung zu begründen, wenn der Beschuldigte sich in Untersuchungshaft befindet oder in einer Anstalt untergebracht ist. Warum er aber gerade diese beiden Arten der Freiheitsentziehung als besonders schwer ansieht, ist unerfindlich.

3) Trotz längerer als dreimonatiger Freiheitsentziehung ist die Verteidigung dann nicht notwendig, wenn der Beschuldigte mindestens zwei Wochen vor dem Beginn der Hauptverhandlung entlassen wird. Hier zeigt sich besonders deutlich, daß der Gesetzgeber bei der Regelung des § 140 I Nr. 5 das besondere Schutzbedürfnis des Beschuldigten im Auge hatte. Denn für den wieder auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten ist nach Ansicht des Gesetzgebers ein besonderes Schutzbedürfnis nur dann gegeben, wenn er nicht mindestens zwei Wochen Zeit zur Vorbereitung seiner Verteidigung hat.[7] Der Gesetzgeber schreibt die Mitwirkung eines Verteidigers nur dann vor, wenn dem Beschuldigten nach seiner Entlassung weniger Zeit bis zum Beginn der Hauptverhandlung verbleibt.
Unter "Hauptverhandlung" ist in diesem Zusammenhang nicht nur die des ersten Rechtszugs, sondern auch die der Berufungsinstanz zu verstehen. Diese

7) BT-Drucksache IV/178 S. 30

früher umstrittene Frage ist nach der Neufassung des § 140 I Nr. 5 nur so zu beantworten. Eine ausreichende Verteidigung sieht der Gesetzgeber nur dann als gewährleistet an, wenn der Beschuldigte sich mindestens zwei Wochen auf seine Verteidigung vorbereiten kann. Diese Vorbereitungszeit muß dem Beschuldigten dann aber auch vor der Hauptverhandlung in der Berufungsinstanz zur Verfügung stehen, da er sich ja auch hier auf die Verteidigung vorbereiten muß. Muß also der im ersten Rechtszug Verurteilte nach mehr als drei Monaten Untersuchungshaft oder Unterbringung in die Berufungsverhandlung gehen, so ist die Verteidigung ebenfalls notwendig, es sei denn, er werde mindestens zwei Wochen vorher entlassen.[8]

4) Insgesamt vermag die Regelung des § 140 I Nr. 5 auch nach der Neufassung nicht zu befriedigen.[9] Vorstehend ist bereits erwähnt, daß nicht einzusehen ist, weshalb auch nicht dem aus anderen als den in dieser Vorschrift genannten Gründen nicht in Freiheit befindlichen Beschuldigten ein Pflichtverteidiger bestellt werden muß. Auch bei ihm sind die Verteidigungsmöglichkeiten durch das Fehlen normaler Verbindungen mit der Außenwelt und durch die mangelnde Bewegungsfreiheit so stark beeinträchtigt, daß ein besonderes Schutzbedürfnis bejaht werden muß. Unbefriedigend ist vor allem auch die zeitliche Regelung: Derjenige Angeklagte etwa, der nach zweieinhalb Monate dauernder Untersuchungshaft zur Hauptverhandlung vorgeführt wird, ist in seiner Verteidigung ebenso stark oder sogar noch stärker beschränkt wie derjenige, der eine Woche vor dem Beginn der Hauptverhandlung aus dreimonatiger oder längerer Untersuchungshaft entlassen worden ist. Im Gegensatz zu letzterem hat er aber keinen Anspruch auf die Bestellung eines Pflichtverteidigers. Die Dauer der Untersuchungshaft bzw. Unterbringung ist daher als rein zufälliger Maßstab anzusehen.

Einen Ausgleich vermag hier zwar, ebenso wie in dem Fall, daß der Beschuldigte sich aus einem anderen als den in § 140 I Nr. 5 genannten Gründen nicht auf freiem Fuß befindet, die Vorschrift des § 140 II zu schaffen. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb die Bestellung eines Verteidigers in gleich oder doch sehr ähnlich liegenden Fällen teilweise vom Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben ist, teilweise aber der immer mit Unsicherheiten verbundenen

8) Die gleiche Ansicht wie hier wurde bereits zu § 140 I Nr. 5 a.F. vertreten vom OLG Bremen (NJW 51, 454 mit zust. Anm. von Dahs) und Eb. Schmidt (LK II 23 zu 140); a.A. OLG Braunschweig NJW 54, 769, LR II 5b zu 140.

9) Zur Kritik der in § 140 I Nr. 5 a.F. getroffenen Regelung s. bes. LR II 5d zu 140 und LK II 21 bis 23 zu 140.

Entscheidung des Vorsitzenden überlassen bleibt. Es sollte daher eine einheitliche Regelung geschaffen und die Verteidigung zumindest immer dann für notwendig erklärt werden, wenn sich der Beschuldigte nicht eine bestimmte Zeit vor Beginn der Hauptverhandlung auf freiem Fuß befindet. Dauer und Grund der Freiheitsentziehung sollten dabei außer Betracht bleiben.

VI. § 140 Abs. 1 Nr. 6 StPO

1) Die Mitwirkung eines Verteidigers ist auch dann stets geboten, wenn die Unterbringung des Beschuldigten zur Vorbereitung eines Gutachtens über seinen Geisteszustand in einer öffentlichen Heil- oder Pflegeanstalt in Frage kommt.

Die Verteidigung ist schon notwendig, wenn das Gericht eine Entscheidung gem. § 81 zu treffen hat.[1] Durch die Aufnahme des § 140 I Nr. 6 neben § 81 II wird klargestellt, daß die Notwendigkeit der Verteidigung für die ganze Dauer des Verfahrens bestehen bleibt und nicht schon mit dem Beschluß des Gerichts gem. § 81, der Unterbringung des Beschuldigten, seiner Entlassung aus der Anstalt oder der Erstattung des Gutachtens endet. Denn die durch die Unterbringung aufgeworfene Frage nach der Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten wird nicht schon durch das Gutachten des Sachverständigen entschieden, sondern erst durch ein rechtskräftiges Urteil des Gerichts[2].

2) In Frage kommt die Unterbringung des Beschuldigten zur Vorbereitung eines Gutachtens über seinen Geisteszustand immer dann, wenn die Staatsanwaltschaft sie beantragt oder wenn das Gericht sie von sich aus in Erwägung zieht.[3] Stellt der Beschuldigte selbst einen Antrag, der allerdings ernst gemeint und sachlich begründet sein muß, kommt die Unterbringung des Beschuldigten ebenfalls in Frage[4]. Ob das Gericht den Antrag für begründet hält oder ihn voraussichtlich ablehnen wird, ist unbeachtlich[5]. Denn es hat über diesen Antrag zu entscheiden und eben bei dem zu dieser Entscheidung führenden Verfahren muß ein Verteidiger mitwirken, damit die Rechte des Beschuldigten gewahrt bleiben.

---

1) LR II 6a zu 140, Schwarz StPO 3 zu 140
2) RG 37, 21, BGH NJW 52, 797
3) RG 67, 259 (261)
4) BGH NJW 52, 797
5) RG 57, 259 (261), OLG Celle Nds. Rpfl. 62, 141

VII. § 140 Abs. 1 Nr. 7 StPO

Erforderlich ist die Mitwirkung eines Verteidigers weiter, wenn die Hauptverhandlung gegen einen Abwesenden stattfindet. Dies gilt allerdings nicht für jede beliebige Abwesenheit eines Angeklagten in der Hauptverhandlung. Aus der Zitierung des § 277 in § 140 I Nr. 7 ergibt sich, daß sie nur in einem Verfahren gegen Abwesende nach §§ 276 ff Anwendung finden. Wird daher in einem anderen Verfahren die Hauptverhandlung durchgeführt, obwohl der Angeklagte nicht oder nur zeitweise anwesend ist, ist die Verteidigung nicht notwendig[1].

Für die Notwendigkeit der Verteidigung im Abwesenheitsverfahren kommt es nicht darauf an, ob die Voraussetzungen dieses Verfahrens gegeben sind und die Hauptverhandlung überhaupt ohne den Angeklagten durchgeführt werden darf. Ähnlich wie bei § 140 I Nr. 1 ist vielmehr allein entscheidend, daß die Hauptverhandlung tatsächlich im Abwesenheitsverfahren durchgeführt wird.[2]

---

1) Nicht notwendig ist die Verteidigung daher bei der Abwesenheit des Angeklagten im fortgeführten Verfahren (§ 231 II), im Bagatellverfahren (§ 232), im Beweissicherungsverfahren (§§ 285 ff) und in einem Verfahren, in dem der Angeklagte von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden ist (§ 233).

2) LK II 26 zu 140, LR II 7 zu 140, KMR 4 zu 140.

§ 16 2. Abschnitt: Die notwendige Verteidigung nach § 140 II StPO

I. Die Entscheidung des Vorsitzenden

1) Durch die Vorschrift des § 140 II wird der Kreis der Fälle notwendiger Verteidigung erheblich erweitert. Während aber § 140 I kasuistisch gefaßt ist und die Notwendigkeit der Verteidigung an einzelne, genau umschriebenen Voraussetzungen anknüpft, bestimmt § 140 II allgemein, daß dem Beschuldigten vom Vorsitzenden ein Verteidiger zu bestellen ist, wenn die Mitwirkung eines solchen wegen der Schwere der Tat oder der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage geboten erscheint oder wenn der Beschuldigte ersichtlich zu einer Selbstverteidigung nicht in der Lage ist. Auf Grund dieser unterschiedlichen Ausgestaltung der beiden Absätze nimmt die herrschende Meinung an, die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 140 II stehe im Ermessen des Vorsitzenden, dessen Entscheidung der Gesetzgeber eine maßgebliche Rolle habe einräumen wollen. Allerdings sei der Vorsitzende bei der Ausübung dieses Ermessens nicht völlig frei, sondern verpflichtet, alle Umstände und Gesichtspunkte, die Anlaß für eine Verteidigerbestellung geben könnten, zu berücksichtigen und objektiv zu bewerten.[1]
Demgegenüber vertritt Kappe die Ansicht, die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 140 II sei keine Ermessensentscheidung sondern Gesetzesanwendung. Der Gesetzgeber habe, wenn auch nur allgemein, die Voraussetzung für die Notwendigkeit der Verteidigung selbst bestimmt. Der Vorsitzende habe daher nicht darüber zu entscheiden, ob ein Verteidiger zu bestellen sei oder nicht. Vielmehr habe er nur die allgemeinen Gesetzesbestimmungen für den Einzelfall näher zu konkretisieren, wobei ihm allenfalls in Grenzfällen ein Beurteilungsspielraum verbleibe. Damit habe er aber im Einzelfall nur unbestimmte Rechtsbegriffe anzuwenden, nicht aber eine Ermessensentscheidung zu treffen.[2]

---

1) LK II 8 und 31 zu 140, Schwarz 4 zu 140, Henkel S. 207, H. W. Schmidt MDR 58, 644 (646), OLG Düsseldorf SJZ 50, 59, mit Anm. von Niethammer RG 68, 35 (36); 74, 304 (306), BGH NJW 53, 116; unklar hier KMR 5 zu 140, der unter Berufung auf Kappe von der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe spricht, dem Richter aber einen "Ermessensraum" zugesteht.

2) Kappe GA 1960, 357 ff, ebenso Dahlke 2 zu 140, LR II 8a zu 140 und III 2a (bb zu 141

2) Beide Auffassungen unterscheiden sich im wesentlichen durch eine unterschiedliche Verwendung des Begriffs "Ermessen". Dieser Begriff findet sich in zahlreichen Vorschriften der StPO[3] wie auch anderer Gesetze[4]. Eine gesetzliche Definition des Ermessensbegriffs fehlt jedoch[5], und auch Wissenschaft und Rechtsprechung haben bisher nicht einheitlich beantworten können, wo und wann Ermessen anzunehmen ist. Ob sich für die verschiedenen Rechtsgebiete überhaupt eine allgemeine Antwort geben lassen wird, muß hier dahingestellt bleiben.[6] Es kann lediglich und dies auch nur in beschränktem Umfang zum Begriff des strafrichterlichen Ermessens[7] Stellung genommen werden:

Mangels einer gesetzlichen Definition kann der Begriff des richterlichen Ermessens grundsätzlich frei festgelegt werden. Eine Grenze besteht nur insofern, als er diejenigen Erscheinungen umfassen muß, in denen das Gesetz ausdrücklich von einem Ermessen des Richters spricht. Ansonsten sollte der Begriff nur in sich selbst einheitlich und widerspruchsfrei sein und alle Erscheinungen umfassen, die sich durch wesentliche gemeinsame Züge von anderen Entscheidungen abheben. Grundsätzlich wäre es daher möglich, jede Tätigkeit des Richters, die sich außerhalb ausdrücklicher gesetzlicher Regeln vollzieht, als Ermessensbetätigung zu bezeichnen.[8] Damit wäre aber nichts erreicht; denn die ohnehin schon vorhandene Unsicherheit und Vieldeutigkeit des Ermessensbegriffs würde dadurch nur noch erhöht[9]. Sinn

---

3) z.B. §§ 79 I 1, 118 I, 149 III, 244 V, 471 III

4) z.B. §§ 157 I, 158 I StGB; § 7 I OWiG; §§ 31 II, 104 II JGG; §§ 3, 91a I ZPO; §§ 745 II, 1844 I 2 BGB; § 43 II WohnEigtG; § 114 VwGO; § 6 II WDO

5) Warda S. 5 f

6) Engisch, Einführung S. 117

7) Zum strafrichterlichen Ermessen vgl. vor allem Warda und Engisch Einführung S. 111 ff. Zum Verwaltungsermessen vgl. etwa Wolff, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl., 1961, S. 136 ff; Bachof JZ 55, 97 ff; Ule, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 309 ff; Reuss DVBl 53, 585 ff und 649 ff; 59, 533 ff; Jesch AöR 82, 163 ff; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgem. Teil, 8. Aufl., 1961, S. 74 ff; Obermayer NJW 63, 1177 ff; Ehmke, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, in: Recht und Staat, Heft 230/31, 1960. Zum gesetzgeberischen Ermessen: Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 86 ff.

8) Warda S. 8 f

9) Engisch, Einführung S. 111, Warda S. 12

und Zweck einer Begriffsbestimmung, durch die ja eine bessere Erkenntnismöglichkeit geschaffen werden soll, ist es aber nicht, möglichst viele Erscheinungen der unterschiedlichsten Gestalt unter einen einheitlichen Begriff zu fassen. Durch eine Definition sollen vielmehr ähnlich liegende Erscheinungen von einander abgegrenzt und die bestehenden Unterschiede deutlich hervorgehoben werden. Es ist daher zweckmäßig, den Ermessensbegriff nicht zu weit zu fassen und ihn auf die Erscheinungen zu begrenzen, die den vom Gesetz bezeichneten Ermessensfällen gleichen.

Es sind daher zunächst einmal die Vorschriften zu betrachten, in denen das Gesetz dem Richter ausdrücklich ein Ermessen einräumt. Kennzeichnend ist für sie alle, daß die persönliche Auffassung des Richters unter mehreren möglichen Entscheidungsmöglichkeiten den Ausschlag geben soll. So steht es beispielsweise, sofern kein Antrag auf Vereidigung gestellt ist, im Ermessen des Gerichts gem. § 79 I 1, ob es einen Sachverständigen vereidigt oder nicht. Ebenso hat der Richter gemäß § 149 III nach seinem Ermessen zu entscheiden, ob er den Ehegatten oder den gesetzlichen Vertreter des Beschuldigten bereits im Vorverfahren als Beistand zuläßt oder nicht. Weiter stellt etwa § 471 III es unter bestimmten Voraussetzungen in das Ermessen des Gerichts, welchen der Beteiligten eines Privatklageverfahrens die Kosten auferlegt werden. In all diesen Fällen[10] ist der Richter ermächtigt, auf Grund seiner persönlichen Wertung eine von mehreren Möglichkeiten der Entscheidung zu wählen. Daß der Richter bei der Ausübung des Ermessens nicht willkürlich handeln darf, sondern nur innerhalb der vom Gesetz ausdrücklich gesetzten oder sich aus der Rechtsordnung sonst ergebenden Schranken, ist hier nicht zu erörtern. Festzuhalten ist lediglich, daß der Richter in den ausdrücklich bezeichneten Ermessensfällen eine echte Wahlmöglichkeit unter mehreren gesetzlich zulässigen Entscheidungen hat. Um den Begriff des richterlichen Ermessens möglichst einheitlich zu fassen, und das Ermessen von ähnlichen Erscheinungen möglichst klar abzugrenzen, ist es angebracht, eine solche Wahlmöglichkeit auch außerhalb der gesetzlich bezeichneten Ermessensfälle als notwendiges Wesensmerkmal des richterlichen Ermessens anzusehen. Trotz aller Meinungsverschiedenheiten in Einzelheiten besteht über diese Mindestvoraussetzung für die Anerkennung richterlichen Ermessens auch weitgehend Einigkeit[11]. Die Frage, ob die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 140 II im Ermessen des Vorsitzenden steht, erscheint

10) Weitere Beispiele bei Warda S. 14

11) Warda S. 14 (mit ausführlichen Nachweisen für alle Rechtsgebiete unter Anm. 2), Engisch, Einführung S. 114

damit entschieden. Denn aus der Fassung dieser Bestimmung "bestellt der Vorsitzende" ergibt sich, daß der Vorsitzende, wenn er die in § 140 II genannten Voraussetzungen für gegeben hält, nicht wählen kann, ob er einen Pflichtverteidiger bestellt oder nicht.

3) Besonders umstritten ist in den Ermessenslehren jedoch die Frage, ob der "Sitz" des Ermessens nur die Rechtsfolgeseite oder nicht überhaupt jeder Bestandteil eines Rechtssatzes sein kann, oder anders ausgedrückt, ob der Richter eine Wahlmöglichkeit nur bei der Festsetzung der Rechtsfolgen oder auch bei der Subsumption des Sachverhalts unter die Begriffe des gesetzlichen Tatbestandes haben kann[12]. Man unterscheidet insofern allgemein zwischen Rechtsfolge-[13] und Tatbestandsermessen. Darauf ist näher einzugehen: Dem Gesetzgeber ist es unmöglich, alle möglichen Situationen des täglichen Lebens in einzelnen, konkreten Bestimmungen zu regeln, zumal er die künftige Entwicklung nicht immer übersehen und daher im voraus nicht berücksichtigen kann. Da er dementsprechend die Gesetze abstrakt fassen muß, enthalten diese zwangsläufig sogenannte unbestimmte Begriffe. Darunter versteht man Begriffe, die in ihrer konkreten Bedeutung nach Inhalt und Umfang nicht ohne weiteres erfaßt werden können. Dies gilt sowohl für Seins- oder deskriptive als auch für Wert- oder normative Begriffe[14], denn absolut bestimmte Begriffe gibt es im Recht praktisch überhaupt nicht[15].

Vielfach wird nun die Ansicht vertreten, bei der Anwendung dieser unbestimmten Begriffe durch den Richter handele es sich um Ermessensbetätigung[16]. Der Richter habe hier zwar nicht zwischen mehreren gesetzlich zulässigen Rechtsfolgen zu wählen. Letztlich sei aber seine persönliche Auffassung, ob der Begriff anzuwenden sei oder nicht, maßgebend und damit sei ihm auch bei der Feststellung des Tatbestands ein Ermessen eingeräumt. Eine Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Entscheidungen, die wir als notwendiges Wesensmerkmal des richterlichen Ermessens angesehen haben, hat der Richter aber bei

---

12) Engisch Einführung S. 116 ff., Warda S. 16 ff.

13) auch Handlungs-, Verhaltens- oder volitives Ermessen genannt (im Gegensatz zu Prüfungs-, Auslegungs-, Beurteilungs-, Subsumptions- oder kognitiven Ermessen)

14) Die Auffassungen darüber, wie bestimmte und unbestimmte Begriffe einerseits und deskriptive und normative Begriffe andererseits von einander abzugrenzen sind, gehen auseinander. Darauf kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. insoweit etwa Engisch, Einführung S. 108 und Festschrift für Mezger S. 127 ff (142 ff.) sowie Warda S. 24 ff.

15) und 16) siehe Seite 108, unten

der Anwendung der sogenannten unbestimmten Begriffe in Wirklichkeit nicht.

Dies gilt einmal hinsichtlich der deskriptiven Begriffe[17]. Die Feststellung, ob ein konkretes Tatgeschehen von einem unbestimmten Begriff erfaßt wird oder nicht, ist häufig nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen. Der Begriffsinhalt ist dann durch Auslegung näher zu bestimmen. Dies geschieht meist durch erläuternde Umschreibungen, durch die der unbestimmte Begriff durch mehrere, genauere und in ihrer Bedeutung feststehende, "natürliche" Tatsachenbegriffe[18] ersetzt wird, um dann leichter entscheiden zu können, ob der konkrete Sachverhalt subsumiert werden kann oder nicht. Eine derartige Aufspaltung des unbestimmten Begriffs, die alle in Betracht kommenden Sachverhalte erfaßt, ist nun allerdings nicht immer möglich. Dies bedeutet allerdings nun nicht, daß dem Richter ein Spielraum und damit ein Ermessen bei der Anwendung des unbestimmten Begriffs verbleibt. Er hat vielmehr im Einzelfall unter Abwägung aller Umstände zu entscheiden, ob der konkrete Sachverhalt zu subsumieren ist, kann aber nicht nach seiner persönlichen Auffassung das Vorliegen der Voraussetzungen des Begriffs sowohl bejahen als auch verneinen. Eine Wahlmöglichkeit zwischen zwei gleichermaßen richtigen, d.h. dem Gesetz entsprechenden Lösungen hat er nicht. Es kann zwar Meinungsverschiedenheiten über die richtige Auslegung des unbestimmten Begriffs geben wie in jeder Rechtsfrage; doch geht es dabei immer um die Bestimmung des einzig richtigen Inhalts des Begriffs und dieser Inhalt kann zwar möglicherweise verfehlt, nicht aber nach der persönlichen Ansicht gewählt werden. Eine Ermessensentscheidung des Richters ist eine Auslegung eines unbestimmten Seinsbegriffs daher nicht.

Nichts anderes gilt auch hinsichtlich der normativen Begriffe[19]. Auch hier hat der Richter keine Möglichkeit, den Begriff auf Grund seiner eigenen Wertanschauung auszufüllen. Vielmehr hat er, soweit ein Begriff eine Wertung erfordert, eine objektiv gültige, eindeutige Wertung zu ermitteln[20].

15) Engisch Einführung S. 108, der darauf hinweist, daß allenfalls Zahlbegriffe, insb. i.V.m. Maß-, Zeit- und Geldbegriffen absolut bestimmt sind. Selbst diese sind oft unbestimmt, etwa: eine Woche; ein Monat.

16) Zu den einzelnen Meinungen s. Warda S. 19 ff.

17) Warda S. 27 ff

18) Zur Ersetzung unbestimmter Gesetzesbegriffe durch bestimmte "natürliche" Tatsachenbegriffe s. Engisch, Studien S. 96 ff und "Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit" S. 78 ff.

19) Warda S. 32 ff.

20) Engisch, Einführung S. 116

Im Einzelfall kann es dabei sehr schwierig sein, die maßgebenden Wertanschauungen der Allgemeinheit festzustellen. Die Entscheidung, ob ein konkretes Tatgeschehen die Merkmale des Begriffs erfüllt, ist daher oft nicht einfach. Aber auch dann kann nicht angenommen werden, daß der Richter auf Grund seiner eigenen Wertanschauung entscheiden und die Anwendbarkeit des Begriffs bejahen oder verneinen kann. Denn auch bei Wertbegriffen kann nur eine Wertung richtig im Sinne des Gesetzes sein. Die Meinungen über die richtige Wertung können naturgemäß auseinander gehen,und auf Grund der nicht zu vermeidenden Subjektivität jedes Werturteils werden Wertungen in der Praxis immer unterschiedlich ausfallen können. Zwei richtige Lösungen, unter denen der Richter nach seiner subjektiv-persönlichen Wertung wählen kann, kann es aber nicht geben. Denn dies würde bedeuten, daß bei genau dem gleichen Sachverhalt die Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes von dem einen Richter bejaht, von dem anderen dagegen verneint werden dürfte. Es kann aber keinesfalls angenommen werden, daß zwei kontradiktorisch entgegengesetzte Lösungen im Sinne des Gesetzes richtig sein können. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß der Gesetzgeber nicht mehrere "richtige" Lösungen für möglich hält, sondern immer nur eine zutreffende Entscheidung gewollt hat, auch wenn Werturteile in der Praxis erfahrungsgemäß unterschiedlich ausfallen.[21] Wenn aber nur eine Entscheidung rechtsgemäß sein kann, ist für ein richterliches Ermessen im Sinne einer Wahlmöglichkeit auch bei der Anwendung von Wertbegriffen kein Raum.

Die Ansichten, die dem Richter bei der Anwendung unbestimmter Begriffe ein sogenanntes "Tatbestandsermessen" zugestehen, sind daher abzulehnen. Weiter ist auf das Problem des richterlichen Ermessens hier nicht einzugehen.[22] Denn die Frage, ob die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 140 II im Ermessen des Richters steht, ist bereits auf der bisher entwickelten Grundlage zu beantworten.

4) Wie bereits oben erwähnt wurde, hat der Vorsitzende, sofern er die Voraussetzungen des § 140 II für gegeben hält, dem Beschuldigten einen Pflichtverteidiger zu bestellen. Er hat daher lediglich zu prüfen, ob die Mitwirkung eines Verteidigers wegen der Schwere der Tat oder der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage geboten erscheint oder ob der Beschuldigte sich ersichtlich nicht selbst verteidigen kann. Insoweit handelt es sich aber nicht

21) Engisch, Festschrift für Mezger, S. 127 ff. (152)

22) s. bes. noch Warda, S. 40 ff., der auch verfassungsrechtliche Bedenken hegt, auf die aber hier nicht mehr eingegangen werden kann.

um Ermessensbetätigung, sondern um die Anwendung unbestimmter Begriffe.

Dem steht auch nicht der Wortlaut des § 140 II "geboten erscheint" entgegen. Daraus kann nämlich keinesfalls geschlossen werden, daß der Vorsitzende auch dann noch, wenn er die Tat für schwer oder die Sach- oder Rechtslage für schwierig hält, das Gebotensein der Verteidigerbestellung auf Grund seiner persönlichen Ansicht bejahen oder verneinen kann.[23] Wie sich aus der dem Ausdruck "erscheint" hier gleichstehenden Formulierung der letzten Alternative des § 140 II "ersichtlich ist" deutlich ergibt, bedeutet diese Fassung lediglich, daß der Vorsitzende über die Notwendigkeit der Verteidigung nach § 140 II nur auf Grund des äußeren Erscheinungsbildes des bisherigen Verlaufs des Verfahrens zu entscheiden hat, darüberhinaus aber nicht verpflichtet ist, besondere Ermittlungen hinsichtlich der Voraussetzung dieser Bestimmungen anzustellen. Treten aber Anhaltspunkte für die Schwere der Tat bzw. die Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage in "Erscheinung", so hat der Vorsitzende sie objektiv zu prüfen und die Frage, ob die Mitwirkung eines Verteidigers geboten ist, ausschließlich anhand der vom Gesetz selbst genannten Maßstäbe des Gebotenseins zu entscheiden, darf aber nicht sonstige persönliche Erwägungen der Entscheidung zugrunde legen.[24]

6) Grundsätzlich ist also der von Kappe vertretenen Ansicht, die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 140 II sei keine Ermessensentscheidung, sondern Gesetzesanwendung, zuzustimmen. Nicht gefolgt werden kann Kappe allerdings insoweit,als er es für möglich hält, daß dem Vorsitzenden in Grenzfällen bei seiner Entscheidung ein Beurteilungsspielraum verbleibt.[25] Zu dieser Ansicht kommt er im Anschluß an verwaltungsrechtliche Lehren[26], die der Verwaltungsbehörde bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe einen durch die Verwaltungsgerichte nicht nachprüfbaren Beurteilungsspielraum einräumen. Kappe übersieht jedoch, daß diese Auffassungen nicht allein die durch die Unbestimmtheit der Begriffe aufgeworfenen Fragen zu lösen versuchen, sondern vor allem zurückzuführen sind auf die durch den Dualismus von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit bedingte besondere verwaltungsrechtliche Situation. Diese besondere Problemlage besteht jedoch im Strafrecht wie auch im übrigen Justizrecht nicht. Schon aus diesem Grunde

23) Kappe GA 1960, 357 (370)

24) so auch Eb. Schmidt (LK II 27 und 30 zu 140), der die Entscheidung allerdings als Ermessensbetätigung ansieht.

25) Wie hier auch Warda, S. 81 Anm.229; einen Beurteilungsspielraum hält auch Dünnebier (LR III 2a bb zu 141) für möglich, ebenso wohl auch KMR 5 zu 140, der allerdings von Ermessensraum spricht.

26) Zur Ermessenslehre im Verwaltungsrecht siehe aus der nahezu unübersehbaren Literatur besonders die oben unter Anmerkung 7) angegebene.

ist eine Übertragung der verwaltungsrechtlichen Lehren in den Bereich des Strafrechts nicht möglich.[27] Die Frage, ob dem Richter bei der Anwendung unbestimmter Begriffe ein Beurteilungsspielraum verbleibt, kann vielmehr allein nach strafrechtlichen Gesichtspunkten beantwortet werden. Nach den erörterten Grundsätzen kann es aber bei der Anwendung unbestimmter Begriffe durch den Strafrichter nur eine dem Gesetz entsprechende Entscheidung geben, mag auch die Feststellung, ob die Merkmale eines unbestimmten Begriffs gegeben sind oder nicht, im Einzelfall noch so große Schwierigkeiten bereiten. Entgegen der Ansicht Kappes steht somit dem Vorsitzenden bei der Entscheidung nach § 140 II auch in Grenzfällen kein Beurteilungsspielraum zu[28]. Vielmehr muß er auch in diesen Fällen versuchen, die vom Gesetz selbst getroffene Entscheidung, ob ein Pflichtverteidiger beizuordnen ist oder nicht, zu finden. Er hat dabei lediglich, ohne auf seine persönliche Auffassung abzustellen, unter Abwägung aller Umstände des konkreten Falls das Vorliegen der Voraussetzung der Notwendigkeit der Verteidigung nach § 140 II zu bejahen oder zu verneinen. Eine Entscheidungsfreiheit verbleibt ihm, da immer nur eine Entscheidung richtig im Sinne des Gesetzes sein kann, in keinem Fall.

7) Zusammenfassend ist festzustellen: Die Entscheidung des Vorsitzenden über die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 140 II ist entgegen der herrschenden Meinung keine Ermessensentscheidung, sondern Gesetzesanwendung,

---

27) Warda, S. 46 ff., 51 ff. Vor einer Übertragung der verwaltungsrechtlichen Lehren auf andere Rechtsgebiete warnen vor allem auch: Schröder, Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Bd. 1, 2. Halbbd., 1955, S. 57, 61; Ule, Jellinek-Gedächtnisschrift S. 325; dort auch Bettermann, S. 365 ff.; Forsthoff a.a.O., S. 78

28) Kappe selbst ist bei der Übertragung der verwaltungsrechtlichen Lehren vom sog. Beurteilungsspielraum überdies inkonsequent, da er zwar einen derartigen Spielraum des Richters für möglich hält (a.a.O., S. 370), dem Revisionsgericht aber dennoch das Recht zugesteht, auch die innerhalb dieses Spielraums getroffene Entscheidung des Tatrichters nachzuprüfen (a.a.O., S. 372). Kernpunkt der verwaltungsrechtlichen Lehren ist aber gerade, daß eine innerhalb des Beurteilungsspielraums getroffene Entscheidung der Verwaltungsbehörde durch die Verwaltungsgerichte nicht überprüft werden kann.

wobei dem Vorsitzenden trotz der allgemeinen Formulierung in keinem Fall die Freiheit eingeräumt ist, auf Grund seiner subjektiv-persönlichen Auffassung zu wählen, ob ein Pflichtverteidiger beizuordnen ist oder nicht.

II. Die Bestellung auf Antrag oder von Amts wegen

1) Voraussetzung für die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 140 II ist nicht, daß ein Antrag auf Beiordnung eines Verteidigers gestellt wird. Ein derartiger Antrag ist zwar zulässig, doch hat er sachlich nur die Bedeutung einer Anregung[1], da der Vorsitzende auch von Amts wegen einen Verteidiger bestellen muß, wenn die Voraussetzungen des § 140 II vorliegen. Ein Antrag zwingt allerdings den Vorsitzenden zu einer formellen Entscheidung und eröffnet damit, falls die Beiordnung eines Verteidigers abgelehnt wird, die Möglichkeit einer Beschwerde an das übergeordnete Gericht, wodurch der Beschuldigte möglicherweise erzwingen kann, daß ihm ein Verteidiger bestellt wird[2]. Hierin ist vor allem die Bedeutung des Antragsrechts für den Beschuldigten zu sehen.

2) Antragsberechtigt ist einmal der Beschuldigte selbst und ferner, wie sich aus § 141 III ergibt, die Staatsanwaltschaft. Darüberhinaus muß man auch dem gesetzlichen Vertreter des Beschuldigten das Recht zugestehen, den Antrag nach § 140 II zu stellen. Nach § 140 I Nr. 2 und 5 a.F. wurde die Notwendigkeit der Verteidigung nach diesen Bestimmungen erst durch den Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers begründet. Das Recht zur Stellung dieses Antrags wurde dabei ausdrücklich nebeneinander der Staatsanwaltschaft, dem Beschuldigten und dessen gesetzlichen Vertreter eingeräumt[3]. § 140 II a.F. dagegen bestimmte lediglich, daß auf Antrag ein Verteidiger zu bestellen sei, sofern die Voraussetzungen einer Bestellung gegeben seien, traf aber keine Regelung hinsichtlich des Kreises der Antragsberechtigten. Hieraus wurde gefolgert[4], daß § 140 II sich in dieser Hinsicht auf die Regelung in § 140 I Nr. 2 und 5 a.F. bezog und demnach der Antrag nach § 140 II ebenfalls von der Staatsanwaltschaft, dem Beschuldigten und dessen gesetzlichem Vertreter gestellt werden konnte. Durch das StPÄG wurde nun das Antragserfordernis nach § 140 I Nr. 2 und 5 a.F. beseitigt, da sich aus der Befristung des Antragsrechts in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten ergeben hatten[5]. Dementsprechend fiel auch die Regelung der Antragsberechtigung weg. § 140 II wurde dagegen nicht geändert, doch kann hieraus

1) LK II 30 zu 140, KMR 6b zu 140, H. W. Schmidt MDR 58, 644
2) KMR 6b zu 140, Gage-Sarstedt S. 124, H. W. Schmidt a. a. O.
3) § 140 I Nr. 2 a.F.: "... und die Staatsanwaltschaft oder der Beschuldigte oder sein gesetzlicher Vertreter die Bestellung eines Verteidigers beantragt"; ebenso § 140 I Nr. 5 a.F.
4) vgl. KMR, 5. Aufl., 11 zu 140
5) BT-Drucksache IV/178 S. 30

nicht geschlossen werden, daß der gesetzliche Vertreter nicht mehr zur Stellung des Antrags berechtigt ist. Nach § 117 IV in der Fassung des StPÄG kann - entsprechend der Regelung des § 140 I Nr. 2 und 5 a.F. - auch der gesetzliche Vertreter neben der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten die Bestellung eines Verteidigers für das Haftprüfungsverfahren beantragen. Daraus ist zu entnehmen, daß durch das StPÄG eine Änderung des Kreises der Antragsberechtigten nicht beabsichtigt war, und daß dementsprechend auch der gesetzliche Vertreter nach wie vor einen Antrag nach § 140 II stellen kann. Überdies wäre es auch widersprüchlich, dem gesetzlichen Vertreter einerseits das Recht zu geben, durch seinen Antrag erst die Notwendigkeit der Verteidigung nach § 117 IV zu begründen oder selbst einen Verteidiger zu wählen, ihm andererseits aber die Möglichkeit zu nehmen, durch eine Anregung den Vorsitzenden zur Prüfung der Notwendigkeit der Verteidigung nach § 140 II zu veranlassen, also zu einer Prüfung, zu der jener bereits von Amts wegen verpflichtet ist. Das Antragsrecht nach § 140 II ist nicht befristet. Der Antrag kann daher während des ganzen Verfahrens, insbesondere auch noch während des Revisionsverfahrens gestellt werden[6].

3) Stattgeben muß der Vorsitzende einem Antrag grundsätzlich nur, wenn er die Voraussetzung des § 140 II für gegeben hält. Lediglich in einem Sonderfall ist er an den Antrag der Staatsanwaltschaft gebunden. Nach § 141 III 2 ist dem Beschuldigten auf Antrag der Staatsanwaltschaft ein Pflichtverteidiger nach Abschluß der Ermittlungen zu bestellen. Eine Einschränkung läßt der Wortlaut des Satzes 2 aber nicht erkennen. Es ist daher davon auszugehen, daß der Antrag der Staatsanwaltschaft den Vorsitzenden immer zur Beiordnung eines Pflichtverteidigers zwingt, und zwar auch dann, wenn der Antrag auf § 140 II gestützt wird. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 140 II hat der Vorsitzende daher in diesem Falle nicht zu prüfen, sondern nur dem Antrag stattzugeben.[7]

---

6) KMR 6a zu 140, H. W. Schmidt a. a. O.

7) Dem steht nicht entgegen, daß der Vorsitzende nur beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 140 II einen Verteidiger bestellen darf. Er muß davon ausgehen, daß die Staatsanwaltschaft das Vorliegen der Voraussetzungen auf Grund der größeren Sachnähe während des Vorverfahrens besser beurteilen kann als er selbst. Selbst wenn er zweifelt, ob die Voraussetzungen gegeben sind, muß er einen Verteidiger bestellen, kann die Bestellung dann aber nach der Erhebung der öffentlichen Klage wieder zurücknehmen, da er nach diesem Zeitpunkt allein die Notwendigkeit zu beurteilen hat.

4) Aber auch beim Ausbleiben eines Antrags ist der Vorsitzende nicht der Pflicht enthoben, die nach § 140 II erforderliche Prüfung vorzunehmen, da er gegebenenfalls zur Bestellung von Amts wegen verpflichtet ist[8]. Selbst wenn er die Bestellung eines Verteidigers einmal abgelehnt hatte - sei es im Rahmen einer Entscheidung über einen Antrag auf Verteidigerbestellung, sei es von einer von sich aus angestellten Prüfung der Notwendigkeit der Verteidigung - , hat er sie bis zum Ende des Verfahrens immer wieder erneut vorzunehmen. Denn die Verpflichtung zur Bestellung eines Pflichtverteidigers besteht, falls die Voraussetzungen des § 140 II vorliegen, für die Dauer des ganzen Verfahrens.[9]

Der Vorsitzende ist allerdings nicht in jedem Verfahren zur Prüfung der Notwendigkeit der Verteidigung nach § 140 II verpflichtet. Aus der Fassung "erscheint" und der diesem Ausdruck hier gleichstehenden Formulierung "ersichtlich ist" ergibt sich, daß bei der Entscheidung über die Bestellung abzustellen ist auf das äußere Erscheinungsbild, das der bisherige Prozeßverlauf vermittelt[10]. Dementsprechend hat der Vorsitzende die Frage der Notwendigkeit der Verteidigung nach § 140 II auch nur dann zu prüfen, wenn Anhaltspunkte sichtbar sind, daß die Verteidigung möglicherweise notwendig ist. Bestehen derartige Anhaltspunkte aber nicht, ist der Vorsitzende zu einer Prüfung nicht verpflichtet und muß insbesondere auch keinerlei Ermittlungen dahingehend anstellen, ob die Verteidigung im weiteren Verlauf möglicherweise notwendig werden könnte. Ergeben sich aber irgendwann im Verlaufe des Verfahrens Anzeichen für die Schwere der Tat, die Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage oder die Verteidigungsunfähigkeit des Beschuldigten, muß er die Frage der Verteidigerbestellung sofort und in jedem Fall prüfen. Abwarten, ob sich weitere Anhaltspunkte ergeben oder die bereits sichtbaren bestätigt werden, darf er nicht. Hat er die Notwendigkeit der Verteidigung schon einmal oder auch mehrfach verneint, muß er die Prüfung erneut vornehmen, wenn sich im weiteren Verlauf des Verfahrens bei diesen früheren Entscheidungen nicht berücksichtigte neue Anhaltspunkte für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 140 II ergeben. Diese Verpflichtung trifft auch nicht nur den Vorsitzenden des erstinstanziellen Gerichts, sondern auch den des Berufungs- oder Revisionsgerichts, denn auch in diesen Verfahrensstadien kann die Verteidigung noch notwendig nach § 140 II werden.[11]

8) LK II 32 zu 140

9) LK II 32 zu 140, Schwarz StPO 5 zu 140, Henkel S. 208, RG 74, 304 und HRR 1940 Nr. 55, BGH LM Nr. 16 zu 140

10) vgl. oben I 4

11) OLG Bremen NJW 55, 1529 (bezüglich des Berufungsverfahrens)

III. Die Voraussetzungen des § 140 Absatz II StPO

1) Geboten sein kann die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 II einmal wegen der Schwere der Tat. Diese ergibt sich in erster Linie aus der Höhe und Schwere der dem Beschuldigten drohenden Rechtsfolgen. Zu bejahen ist sie daher immer, wenn die Verhängung einer objektiv schweren Strafe oder Maßregel zu erwarten ist[1]. Darüberhinaus ist aber auch die Person des Beschuldigten zu beachten und darauf Rücksicht zu nehmen, welche Folgen gerade für ihn in seinem Lebenskreis aus der Bestrafung oder Verhängung einer Maßregel erwachsen.[2]

So ist eine Tat als schwer im Sinne des § 140 II einmal stets anzusehen, wenn eine Zuchthausstrafe im Bereich des Möglichen liegt. Die Zuchthausstrafe ist nach ihrer Mindestdauer von einem Jahr, ihren Nebenwirkungen und ihrem Vollzug die schwerste Strafe des geltenden Rechts. Kommt sie daher in Betracht, wird man immer von der Möglichkeit einer schweren Rechtsfolge und damit auch von einer schweren Tat sprechen müssen.[3] Die Schwere der Tat wird auch immer zu bejahen sein, wenn überhaupt eine längere Freiheitsstrafe zu erwarten und eine Strafaussetzung zur Bewährung nicht oder nur wenig wahrscheinlich ist. Als "länger" ist hierbei bereits eine Freiheitsstrafe von mehreren Monaten zu bezeichnen. Eine Freiheitsentziehung von dieser Dauer ist für den Beschuldigten schon als solche im Regelfall überaus hart und bedeutet zudem meist einen sehr erheblichen Einschnitt in sein Leben, da seine wirtschaftliche und gesellschaftliche Existenz sehr stark in Mitleidenschaft gezogen wird. Nur in wenigen Ausnahmefällen - beispielsweise bei einem Gewohnheitsverbrecher, der schon mehrfach und für längere Zeit im Gefängnis oder Zuchthaus war - wird man von einer Verteidigerbestellung absehen können, wenn nur eine Freiheitsstrafe von einigen Monaten zu erwarten ist. Denn die Folgen einer derartigen Strafe sind bei diesen Tätern meist nur verhältnismäßig gering. Allerdings werden in einem Ausnahmefall wie dem angeführten meist weit höhere Strafen zu erwarten sein wegen der früheren Straffälligkeit und dann wird in Anbetracht der höheren Strafmöglichkeit die Schwere der Tat auch hier bejaht werden müssen.

Ob die hohe Strafmöglichkeit im Einzelfall auf Rückfallvoraussetzungen oder auf anderen Gründen, etwa auf der Schwere der Rechtsgutverletzung oder auf den Vorstrafen des Beschuldigten, beruht, ist ohne Bedeutung[4]. Nach § 140 I Nr. 2 ist zwar die Notwendigkeit der Verteidigung auf Verbrechen, die nicht

1) LR 8b aa zu 140
2) H. W. Schmidt MDR 58, 644
3) KMR 5a zu 140, LR 8b aa zu 140, OLG Bremen NJW 55, 1529
4) BGH 6, 199 (201)

Rückfallverbrechen sind, beschränkt. Dies hat aber bei der Anwendung des § 140 II außer Betracht zu bleiben. Denn daraus kann keinesfalls geschlossen werden, daß der Anspruch des Beschuldigten auf einen Pflichtverteidiger bei Rückfallverbrechen schlechthin ausgeschlossen sein sollte. Auch bei Verstößen dieser Art werden häufig nur verhältnismäßig geringe Strafen verhängt, und nur in diesen Fällen erscheint dann die Bestellung eines Pflichtverteidigers trotz des Verbrechenscharakters der Tat als nicht erforderlich. Steht aber ein nur durch Rückfall bedingtes Verbrechen einem sonstigen hinsichtlich der Schwere der Tat und der zu erwartenden Rechtsfolgen gleich, ist eine unterschiedliche Behandlung des Beschuldigten im Verfahren nicht angebracht. Denn auch der rückfällige Verbrecher hat einen Anspruch darauf, seine Rechte wahrnehmen zu dürfen und sich insbesondere ausreichend verteidigen zu können. Sachgemäß kann er dies aber nur mit Hilfe eines Verteidigers, wenn nicht bereits nach dem Ergebnis der Ermittlungen feststeht, daß mildernde Umstände vorliegen und trotz der Schwere der Tat nur eine verhältnismäßig geringe Strafe in Betracht kommt. Steht dies aber nicht fest, wird man im Regelfall auch beim Rückfallverbrechen die Schwere der Tat in Anbetracht der dem Beschuldigten drohenden Rechtsfolgen bejahen müssen. Zudem ist die im Rückfall des Beschuldigten zum Ausdruck kommende Auflehnung gegen die Rechtsordnung so groß, so daß auch aus diesem Grund die Tat als schwer anzusehen ist, denn die Schwere der Tat kann sich auch aus der Schuldintensität ergeben[5].

Aber auch dann, wenn eine längere Freiheitsstrafe nicht zu erwarten ist oder doch eine Strafaussetzung zur Bewährung möglich erscheint, ist mitunter die Schwere der Tat in Anbetracht der drohenden Rechtsfolgen zu bejahen, und zwar sowohl bei Vorsatz- als auch bei Fahrlässigkeitstaten.[6] So ist § 140 II besonders dann zu beachten, wenn neben der Strafe die Verhängung einer Maßregel im Bereiche des Möglichen liegt. Manche Berufsgruppen - man denke an Berufsfahrer, Fahrlehrer, Vertreter usw. - sind zum Beispiel bei der Ausübung ihres Berufs auf den Besitz der Fahrerlaubnis angewiesen. Kommt nun in einem Verfahren gegen einen Beschuldigten, der einer dieser Berufsgruppen angehört, neben der Bestrafung die Entziehung der Fahrerlaubnis in Betracht, wird die Frage der Verteidigerbestellung besonders sorgfältig zu prüfen sein. Denn die Folgen der Entziehung der Fahrerlaubnis können für den Beschuldigten in einem derartigen Fall weitaus empfindlicher sein als eine Freiheitsstrafe, da die Entziehung der Fahrerlaubnis praktisch der

5) LK II 28 zu 140, H. W. Schmidt MDR 48, 654

6) LR II 8b aa zu 140, KMR 5a zu 140, Schwarz StPO 4 zu 140, OLG Hamm NJW 57, 1530

Untersagung der Berufsausübung gleichkommt. Bei dieser selbst ist die Verteidigung immer notwendig[7] wegen der Schwere der Folge für den Beschuldigten und so wird man auch bei der Möglichkeit der Entziehung der Fahrerlaubnis, da die Folgen ähnlich oder gar gleich sind, in aller Regel die Schwere der Tat als gegeben ansehen müssen[8]. Ähnliches gilt auch, wenn die Verhängung einer Maßregel nach § 42 c oder § 42 d StGB möglich ist. Unbedingt ist hier die Mitwirkung eines Verteidigers nach dem geltenden Recht zwar nicht erforderlich, doch können im Einzelfall die Folgen einer dieser Maßregeln für den Beschuldigten sehr erheblich sein. Auch hier wird daher die Notwendigkeit der Verteidigung nach § 140 II stets besonders sorgfältig zu prüfen sein.

2) Weiterer Grund für die Notwendigkeit der Verteidigung nach § 140 II kann die Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage sein. Geboten ist die Bestellung eines Pflichtverteidigers danach immer, wenn die Sach- oder Rechtslage dem Beschuldigten Schwierigkeiten bereitet, mag dies auch bei Richter und Staatsanwalt nicht der Fall sein.[9] Dies folgt aus dem Sinn der Regelung: Durch sie soll eine sachgemäße Verteidigung des Beschuldigten auch für den Fall sichergestellt werden, daß er selbst die Sach- oder Rechtslage nicht oder nicht richtig erfassen kann und demnach zu einer ausreichenden Selbstverteidigung nicht in der Lage ist. Bei der Prüfung, ob die Sach- oder Rechtslage schwierig ist, kann damit aber auch nicht darauf abgestellt werden, ob sie für Richter oder Staatsanwalt oder überhaupt für einen Fachmann mit Schwierigkeiten verbunden ist, sondern nur darauf, ob der Beschuldigte selbst sie übersehen und ihre Schwierigkeiten erfassen kann. Letzteres wird allerdings regelmäßig zu bejahen sein, wenn die Sach- oder Rechtslage objektiv schwierig ist.

Notwendig wird die Verteidigung daher grundsätzlich immer sein, wenn das Hauptverfahren vor dem sogenannten erweiterten Schöffengericht stattfindet[10]. Kann nämlich ein Berufsrichter allein eine Sache wegen ihres Umfangs nicht oder nur schwer bewältigen - nur aus diesem Grunde kann nach § 29 II GVG ein zweiter Berufsrichter zum Schöffengericht hinzugezogen werden[11] - , wird in aller Regel auch der Beschuldigte nicht in der

7) § 140 I Nr. 3 vgl. oben § 15 III
8) H. W. Schmidt MDR 58, 644
9) OLG Celle NJW 64, 877
10) KMR 5b zu 140, LR II 8b bb zu 140, H. W. Schmidt MDR 58, 644
OLG Bremen NJW 55, 1529
11) Dallinger JZ 53, 434

Lage sein, die Sachlage völlig zu erfassen. Von der Beiordnung eines Pflichtverteidigers wird man in einem derartigen Verfahren allenfalls dann absehen können, wenn sich der Umfang der Sache nur aus der großen Anzahl der Beteiligten oder einer Vielzahl kleinerer und als einzelne unproblematischer Einzeltaten ergibt oder wenn der Beschuldigte selbst hinsichtlich der zur Verhandlung stehenden Sache Fachmann ist und die Sachlage daher ohne weiteres übersehen kann.

Schwierig ist die Sachlage auch dann, wenn ein Zeuge während des Ermittlungsverfahrens oder der Voruntersuchung in wichtigen Punkten mehrfach widersprüchliche und wechselnde Aussagen gemacht hat.[12] Um auf diese Widersprüche eingehen und die nötigen Vorhalte machen zu können, ist die Kenntnis des Akteninhalts erforderlich. Das Recht zur Einsichtnahme in die Akten steht aber nur einem Verteidiger zu. Deshalb ist dem Beschuldigten in einem derartigen Fall ein Pflichtverteidiger zu bestellen, der dann Einsicht in die Akten nehmen und damit die Sachlage vollständig erfassen kann. Aus demselben Grund wird die Verteidigung wegen der Schwierigkeit der Sachlage meist auch notwendig sein, wenn sich ein Sachverständigengutachten bei den Akten befindet, auch wenn dieses Gutachten in der Hauptverhandlung noch von dem Sachverständigen selbst vorgetragen wird. Auch hier ist die Akteneinsicht notwendig, um sich auf die sich aus diesem Gutachten ergebenden Fragen an den Sachverständigen und die Zeugen vorbereiten und gegebenenfalls die Einholung eines Obergutachtens oder die Erhebung sonstiger Beweise beantragen zu können.[13]

Als schwierig wird die Sachlage oft auch dann zu bezeichnen sein, wenn der Angeklagte gem. § 247 zeitweise von der Hauptverhandlung ausgeschlossen wird. Denn trotz der Unterrichtung durch den Vorsitzenden über das während der Abwesenheit Geschehene, wird der Angeklagte oft das Ergebnis nicht vollständig erfassen können, zumal er selbst gehindert ist, die während der Abwesenheit vernommenen Zeugen zu befragen bzw. an den Erörterungen teilzunehmen.

Eine schwierige Sachlage kann auch dann gegeben sein, wenn der Fall zwar tatsächlich einfach ist, die Beweiswürdigung aber Schwierigkeiten bereitet[14]; dies insbesondere dann, wenn der Angeklagte in erster Instanz freigesprochen wurde und die Staatsanwaltschaft in zweiter Instanz versucht,

12) KMR 5b zu 140, LR II 8b bb zu 140, Schwarz StPO 4 zu 140
13) BGH LM Nr. 18 zu § 140
14) LR II 8b bb zu 140, KMR 5b zu 140, LK II 29 zu 140

seine Verurteilung auf Grund einer abweichenden Beweiswürdigung zu erreichen.[15] Die Beweislage und damit die Sachlage ist dann für den Angeklagten im allgemeinen unübersehbar, da ihm regelmäßig jede Kenntnis und Erfahrung hinsichtlich des Beweiswertes einer Zeugenaussage, eines Sachverständigengutachtens, eines Indizienbeweises usw. fehlt.

Die Schwierigkeit der Rechtslage ist immer zu bejahen, wenn rechtliche Probleme in den Fall hineinspielen, die auch Juristen Schwierigkeiten bereiten und deren Lösung unter ihnen umstritten ist[16]. Zu denken ist hier etwa an die Irrtumslehre, die Frage des übergesetzlichen Notstandes, die Abgrenzung von Vorbereitungshandlung, Versuch und Vollendung, den Geheimnisbegriff bei Landesverratssachen, die Wahrnehmung berechtigter Interessen und dergleichen[17]. Derartige Fragen wird der Beschuldigte als Laie regelmäßig nicht oder nur unvollkommen beurteilen können.[18] Anzeichen für die Schwierigkeit der Rechtslage wird immer sein, daß bereits verschiedene Instanzen aus Rechtsgründen zu abweichenden Entscheidungen gekommen sind[18] Wurde beispielsweise die Eröffnung des Hauptverfahrens zunächst abgelehnt, das Verfahren dann aber vom Beschwerdegericht doch auf Grund einer anderen rechtlichen Beurteilung eröffnet, wird dem Beschuldigten immer ein Pflichtverteidiger beizuordnen sein. Denn wenn selbst unter Juristen Meinungsverschiedenheiten über die rechtliche Würdigung eines Sachverhalts bestehen, ist die Rechtslage für den Laien immer schwierig, wenn nicht gar unverständlich. Ähnliches gilt auch, wenn das Gericht das Hauptverfahren abweichend von dem Antrag der Staatsanwaltschaft eröffnet und zu dieser Entscheidung auf Grund einer anderen rechtlichen Beurteilung gelangt ist. Auch hier muß auf Grund der unterschiedlichen Ansichten der Juristen stets davon ausgegangen werden, daß die Rechtslage für den Beschuldigten schwierig ist.

3) Letztlich ist ein Pflichtverteidiger nach § 140 II auch dann zu bestellen, wenn der Beschuldigte sich nicht selbst verteidigen kann. Die Verteidigungsunfähigkeit, die etwas anderes ist als die Verhandlungsunfähigkeit[19], kann sich einmal aus einem körperlichen Gebrechen des Beschuldigten ergeben[20].

---

15) OLG Bremen DRpfl 60, 62

16) LR II 8b bb zu 140, LK II 29 zu 140, KMR 5b zu 140

17) H. W. Schmidt MDR 58, 644, BGH bei Herlan MDR 54, 531 und GA 65, 56

18) KMR 5b zu 140, LR II 8b bb zu 140, OLG Bremen NJW 57, 151

19) OLG Düsseldorf NJW 64, 877

20) LK II 30 zu 140, LR II 8b cc zu 140, KMR 5c zu 140

So wird ein Pflichtverteidiger regelmäßig beizuordnen sein, wenn der Beschuldigte zwar nicht taub, aber doch hochgradig schwerhörig ist. Denn er wird dann meist der Hauptverhandlung nicht vollständig folgen und sich damit auch nicht in dem erforderlichen Maße verteidigen können.[21] Ähnliches gilt, wenn der Beschuldigte an einer erheblichen Sprachstörung - z. B. starkes Stottern - leidet. In diesem Fall wird er sich nicht so klar und deutlich ausdrücken können, wie es im Interesse einer sachgemäßen Verteidigung erforderlich ist. Ebenso wird die Bestellung eines Verteidigers besonders zu prüfen sein, wenn der Beschuldigte blind oder hochgradig sehbehindert ist.[22] Notwendig wird hier die Verteidigung insbesondere immer sein, wenn zum Beispiel Lageskizzen, Bilder, Schriftstücke, bei denen es nicht auf den Inhalt, sondern auf das Aussehen ankommt, oder ähnliche Beweismittel im Verfahren von Bedeutung sind.

Verteidigungsunfähig kann der Beschuldigte auch sein, wenn er durch eine Erkrankung oder infolge hohen Alters so geschwächt ist, daß er zwar nicht verhandlungsunfähig ist, sich aber doch nicht mit voller Kraft und Aufmerksamkeit der Verhandlung und vor allem seiner Verteidigung widmen kann.

Die Verteidigungsunfähigkeit des Beschuldigten kann ferner auf Grund geistiger Mängel zu bejahen sein[23]. Zu denken ist hier einmal an einen Beschuldigten, der, ohne geisteskrank zu sein, in seiner geistigen Entwicklung erheblich zurückgeblieben ist[24]. Ähnlich kann auch eine durch hohes Alter bedingte geistige Unbeweglichkeit oder beschränkte Erkenntnisfähigkeit Grund für die Verteidigungsunfähigkeit sein oder auch ein durch eine Erkrankung, eine Schwangerschaft[25], eine besondere seelische Notlage oder dergleichen hervorgerufener hochgradiger Erregungszustand bzw. dessen Gegenteil, eine starke Teilnahmelosigkeit. Als Maßstab wird man stets ansehen müssen, ob der Beschuldigte in der Lage ist, die volle Bedeutung der Verteidigung zu erkennen und auch entsprechend dieser Erkenntnis zu handeln.

Auch bei einem Beschuldigten, der der deutschen Sprache nicht mächtig ist, wird eine Verteidigerbestellung besonders sorgfältig zu prüfen sein[26]

---

21) LK II 20 zu 140, Rasch, Recht 1915, 593 (596), Gerland S. 141. OLG Hamm NJW 52, 1190

22) LR II 8b cc zu 140, H. W. Schmidt MDR 58, 644, Rasch, Recht 1915, 593 (596)

23) vgl. oben Anm. 20

24) RG JW 34, 901; GA Bd. 62, 337; DJZ 37, 1452, BGH AnwBl 63, 194

25) OLG Düsseldorf NJW 64, 877

26) Rasch, Recht 1916, 7 (8), H. W. Schmidt MDR 58, 644

Auch wenn ein Dolmetscher zum Verfahren hinzugezogen wird, wird der Beschuldigte nämlich oft Schwierigkeiten haben, seine Gedanken so verständlich auszudrücken, wie es seiner sachgerechten Verteidigung notwendig ist.

Aber nicht nur aus Gründen, die in der Person des Beschuldigten liegen, kann sich die Verteidigungsunfähigkeit ergeben. Sie kann zum Beispiel auch dann zu bejahen sein, wenn sich der Beschuldigte, ohne daß die Voraussetzung des § 140 I Nr. 5 vorliegen, längere Zeit vor der Hauptverhandlung nicht in Freiheit befunden hat[27]. Hier ist zu fragen, ob es zur Vorbereitung der Verteidigung erforderlich ist, daß der Beschuldigte zumindest für einige Zeit vor der Verhandlung auf freiem Fuß ist. Ist dies zu bejahen, ist ihm ohne Rücksicht auf die Regelung des § 140 I Nr. 5 ein Verteidiger beizuordnen. Ist nämlich eine Vorbereitungszeit, in der der Beschuldigte in Freiheit sein muß, erforderlich, kann er sich ohne sie nicht ordnungsgemäß verteidigen.

Auch wenn mehrere Beschuldigte an einem Verfahren beteiligt sind, ist die Frage der Verteidigungsunfähigkeit besonders zu beachten[28]. Von der Beiordnung eines Pflichtverteidigers wird man etwa nur äußerst selten absehen können, wenn bei mehreren Beschuldigten gegensätzliche Interessen vorhanden sind und sich bereits einer von ihnen der Hilfe eines Wahlverteidigers bedient. Denn dann besteht die Gefahr, daß der Widerstreit der Interessen allein durch die Mitwirkung des Verteidigers auf der Seite des einen Beschuldigten zum Nachteil des unverteidigten anderen ausläuft, da der Verteidiger ihn möglicherweise durch die Verteidigung seines eigenen Mandanten belastet. Anlaß zur Verteidigerbestellung wird überhaupt meist gegeben sein, wenn in einem Verfahren ein Teil der Beschuldigten verteidigt wird, ein anderer dagegen nicht. Selbst wenn die Interessen der Beschuldigten völlig übereinstimmen - was allerdings nur selten der Fall sein wird - , besteht nämlich immer die Möglichkeit einer Benachteiligung des bzw. der unverteidigten Beschuldigten durch den Verteidiger.

Aus ähnlichen Gründen wird die Notwendigkeit der Verteidigung auch stets zu bejahen sein, wenn ein Nebenkläger mit dem Beistand eines Anwalts im Verfahren auftritt oder sich durch einen solchen vertreten läßt. Anders als die zur Objektivität verpflichtete Staatsanwaltschaft nimmt der Anwalt des

---

27) H. W. Schmidt MDR 58, 644

28) H. W Schmidt MDR 58, 644

Nebenklägers naturgemäß ausschließlich dessen Interessen gegenüber dem Beschuldigten wahr und, da dieses Interesse immer auf eine möglichst harte Bestrafung des Beschuldigten ausgerichtet ist, ist dieser damit dem uneingeschränkten Angriff eines Juristen ausgesetzt. Einem derartigen Angriff gegenüber ist der Beschuldigte aber in der Regel infolge seiner Rechtsunkenntnis und der mangelnden forensischen Erfahrung völlig wehrlos. Er wird daher in derartigen Fällen in aller Regel als verteidigungsunfähig anzusehen sein, so daß ihm ein Verteidiger zu bestellen ist.

§ 17 3. Abschnitt: Sonstige Fälle der notwendigen Verteidigung

I. Die Regelung des § 81 Abs. II StPO

Außerhalb der Vorschrift des § 140 ist die Bestellung eines Pflichtverteidigers für den unverteidigten Beschuldigten auch in § 81 II vorgeschrieben. Diese Regelung stimmt inhaltlich voll mit der des § 140 I Nr. 6 überein[1]. Durch die doppelte Regelung soll lediglich klargestellt werden, daß die Verteidigung während des ganzen Verfahrens notwendig ist, sobald einmal die vorübergehende Unterbringung des Beschuldigten zur Begutachtung seines Geisteszustandes ernsthaft in Erwägung gezogen wird. Darüberhinaus ist daraus zu entnehmen, daß der Pflichtverteidiger immer zu bestellen ist, bevor der Beschluß gem. § 81 gefaßt wird, also gegebenenfalls auch schon während des Vorverfahrens.

---

1) vgl. oben § 15 VI

II. Die notwendige Verteidigung bei Untersuchungshaft und einstweiliger Unterbringung

1) Bereits während des Vorverfahrens kann die Bestellung eines Verteidigers notwendig sein nach § 117 IV. Voraussetzung ist zunächst, daß sich der Beschuldigte mindestens drei Monate in Untersuchungshaft befunden hat. Es ist nicht erforderlich, daß der Vollzug der Untersuchungshaft ununterbrochen drei Monate gedauert hat. Entscheidend ist vielmehr allein die tatsächliche Gesamtdauer der Untersuchungshaft[1]. Unterbrechungen durch vorübergehende Freilassung oder Vollzug der Untersuchungshaft in einer anderen Sache[2]. Anders als bei § 140 I Nr. 5 kommt nämlich bei § 117 IV Untersuchungshaft nur in derselben Sache in Betracht. Das Gesetz stellt bei der Regelung des § 117 IV nicht allein auf das infolge des Freiheitsentzugs gesteigerte Schutzbedürfnis des Beschuldigten ab. Vielmehr will es vor allem gewährleisten, daß der Vollzug der Untersuchungshaft nicht über Gebühr ausgedehnt wird. Hauptsächlich aus diesem Grund erklärt es die Verteidigung für notwendig, um so sicherzustellen, daß der Beschuldigte sein Recht auf möglichst frühzeitige Freilassung spätestens nach drei Monaten dauerndem Vollzug mit Hilfe eines sach- und fachkundigen Verteidigers verfolgen kann. Damit scheidet aber eine andere Art der Freiheitsentziehung und auch die Untersuchungshaft in einer anderen Sache bei der Berechnung der Dauer gem. § 117 IV aus.

Selbst wenn der Vollzug der Untersuchungshaft aber länger als drei Monate gedauert hat, ist die Verteidigung nicht ohne weiteres notwendig. Nach § 117 IV ist nämlich weiter ein Antrag auf Bestellung eines Verteidigers erforderlich. Anders als bei § 140 II handelt es sich hier um ein echtes Antragserfordernis, d.h. erst mit dem Antrag auf Bestellung wird die Verteidigung notwendig. Eine Bestellung von Amts wegen ist nach § 117 IV nicht möglich. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, daß dem Beschuldigten auch hier unabhängig von einem Antrag und möglicherweise sogar gegen seinen Willen ein Pflichtverteidiger nach § 140 II beigeordnet werden kann, da nach dieser Bestimmung in jedem Stadium des Verfahrens beim Vorliegen der Voraussetzungen ein Pflichtverteidiger von Amts wegen bestellt werden kann.

---

1) KMR 3a zu 117

2) KMR 5 zu 117, Schwarz StPO 4 A zu 117

Antragsberechtigt sind der Beschuldigte selbst, sein gesetzlicher Vertreter und die Staatsanwaltschaft. Notwendig wird die Verteidigung mit dem Antrag eines jeden von ihnen. Der Beschuldigte ist über sein Antragsrecht zu belehren, d.h., er ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß ihm nach länger als dreimonatiger Untersuchungshaft auf Antrag ein Pflichtverteidiger bestellt wird. Das Antragsrecht ist unbefristet und kann daher jederzeit während der Dauer der Untersuchungshaft ausgeübt werden.

Eine Besonderheit gegenüber den bisher erörterten Fällen der notwendigen Verteidigung besteht bei dem des § 117 IV insofern, als der Pflichtverteidiger dem Beschuldigten grundsätzlich nur für die Dauer der Untersuchungshaft, nicht für das ganze Verfahren beigeordnet wird. Hierauf ist später noch zurückzukommen.[3]

2) Notwendig ist die Verteidigung weiterhin nach § 118 a II 2, wenn ein in Untersuchungshaft befindlicher Beschuldigter in einer mündlichen Verhandlung über die Aufhebung oder Außervollzugsetzung des Haftbefehls nicht anwesend ist. Hierbei ist ohne Bedeutung, wielange der Beschuldigte sich bereits in Untersuchungshaft befindet. Ebenso ist gleichgültig, ob er zur Verhandlung nicht vorgeführt wird, weil er selbst auf die Teilnahme verzichtet hat, oder ob die Vorführung aus anderen Gründen unterbleibt. Denn das Gesetz stellt allein darauf ab, daß er in der mündlichen Verhandlung nicht anwesend ist. Ist dies der Fall, so muß ein Verteidiger sein Recht in der Verhandlung wahrnehmen und es ist ihm daher, ohne daß es eines Antrags bedarf, ein Pflichtverteidiger beizuordnen, allerdings nur für die Dauer der mündlichen Verhandlung.

3) Unter denselben Voraussetzungen, unter denen einem in Untersuchungshaft befindlichen Beschuldigten ein Pflichtverteidiger beizuordnen ist, ist auch einem auf Grund eines Unterbringungsbefehls gem. § 126 a einstweilig in einer Heil- und Pflegeanstalt Untergebrachten ein Verteidiger zu bestellen. Denn gem. § 126 a II gelten unter anderem auch die §§ 117 IV und 118 a II für das Verfahren der einstweiligen Unterbringung entsprechend. Besonderheiten ergeben sich insofern nicht, so daß auf die vorstehenden Erörterungen verwiesen werden kann.

---

3) vgl. unten § 20 I

III. Die notwendige Verteidigung nach dem JGG

1) Im Jugendstrafverfahren ist die Verteidigung einmal notwendig in allen Fällen, in denen sie nach der StPO notwendig ist. Dies ergibt sich bereits aus § 2 JGG, nach dem die allgemeinen Vorschriften und damit auch die § 137 ff. Anwendung finden[1], soweit sie nicht den Bestimmungen des JGG widersprechen. Es ist darüberhinaus auch ausdrücklich angeordnet in § 68 Nr. 1 JGG, der bestimmt, daß der Vorsitzende dem jugendlichen Beschuldigten[2] einen Verteidiger zu bestellen hat, wenn auch einem Erwachsenen ein solcher zu bestellen wäre.

Besondere Bedeutung kommt hierbei der Vorschrift des § 140 II, insbesondere dessen letzter Alternative zu[3]. Denn einmal wird man selbst bei kleineren Sachen im Hinblick auf § 55 JGG und die dort ausgesprochene teilweise Unanfechtbarkeit der Entscheidungen die Frage der Verteidigerbestellung besonders sorgfältig prüfen müssen. Zum anderen wird gerade der jugendliche Beschuldigte oft besonders gehemmt und nervös sein, so daß er als verteidigungsunfähig anzusehen ist, zumal ihm außer der Erfahrung in gerichtlichen Dingen in aller Regel auch weithin jede Lebenserfahrung fehlen wird. Die Notwendigkeit der Verteidigung nach § 140 II wird daher in einem Verfahren gegen Jugendliche weit eher zu bejahen sein als in einem Verfahren gegen einen Erwachsenen.

2) Pflichtverteidiger ist einem jugendlichen Beschuldigten nach § 68 Nr. 2 JGG ferner beizuordnen, wenn dem Erziehungsberechtigten oder dem gesetzlichen Vertreter ihre Rechte nach dem JGG entzogen sind. Hat der Jugendliche mehrere Erziehungsberechtigte, sind insbesondere auch Erziehungsberechtigter und gesetzlicher Vertreter nicht personengleich, so müssen allen die Rechte entzogen sein, wenn die Verteidigung notwendig sein soll[4]. Weiter genügt auch nicht die Entziehung unerheblicher Befugnisse, vielmehr muß eine vollständige oder doch nahezu vollständige Entziehung der Rechte vorliegen[5]. Liegen beide Voraussetzungen vor, so ist die Verteidigung immer notwendig. Auf Umfang und Bedeutung der zur Verhandlung stehenden Sache kommt es dann nicht mehr an, so daß dem Jugendlichen selbst in Bagatellsachen ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist[6].

1) Dallinger-Lackner 1 zu 68, Bender 4 zu 68
2) zum Begriff des Jugendlichen s. § 1 II 1 JGG
3) Dallinger-Lackner 10 zu 68, Bender 10 zu 68
4) Dallinger-Lackner 12 zu 68, Bender 13 zu 68, Grethlein 3b zu 68
5) Dallinger-Lackner 12 zu 68, Bender 13 zu 68
6) Dallinger-Lackner 12 zu 68, Grethlein NJW 65, 1365

3) Notwendig ist die Verteidigung nach § 68 Nr. 3 ferner, wenn die Unterbringung des Beschuldigten in einer Anstalt zur Vorbereitung eines Gutachtens über seinen Entwicklungszustand in Frage kommt. Die Frage, wieweit der Beschuldigte in seiner normalen geistigen und sittlichen Entwicklung fortgeschritten ist, spielt im Jugendrecht eine ungleich größere Rolle als im Erwachsenenrecht. Anders als die StPO gestattet das JGG daher auch, daß ein Beschuldigter zur Vorbereitung eines Gutachtens über seinen Entwicklungszustand in eine Anstalt eingewiesen wird. Wegen der erheblichen Bedeutung, die dieser Maßnahme zukommt, darf die Einweisung gem. § 73 I 1 JGG aber erst nach der Anhörung eines Verteidigers erfolgen, ähnlich, wie auch nach § 140 I Nr. 6 bzw. 81 II die Mitwirkung eines Verteidigers geboten ist, wenn die Unterbringung eines Beschuldigten in einer öffentlichen Anstalt zur Vorbereitung eines Gutachtens über seinen Geisteszustand in Betracht kommt. Die Regelung des § 68 Nr. 3 JGG stellt insofern lediglich eine im Jugendstrafverfahren erforderliche Ergänzung des § 140 I Nr. 6 dar und entspricht ihm auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht völlig[7]. Ebenso wie dort wird die Verteidigung nach § 68 Nr. 3 notwendig, sobald das Gericht - sei es auf Antrag, sei es von Amts wegen - eine Unterbringung gemäß § 73 JGG ernsthaft in Erwägung zieht, und die Notwendigkeit der Verteidigung bleibt dann ebenfalls für die ganze Dauer des Verfahrens bestehen[8].

4) Zweifelhaft ist, ob dem Jugendlichen unter den Voraussetzungen des § 68 JGG auch im vereinfachten Jugendverfahren ein Pflichtverteidiger beizuordnen ist. In § 78 III 2 JGG ist § 68 JGG nicht als eine der Vorschriften genannt, von denen auch im vereinfachten Jugendverfahren nicht abgewichen werden darf. Nach § 78 III 1 JGG kann zur Vereinfachung, Beschleunigung und jugendgemäßen Ausgestaltung von den allgemeinen Verfahrensvorschriften des JGG jedoch überhaupt nur abgewichen werden, soweit dadurch nicht die Erforschung der Wahrheit beeinträchtigt wird. Damit darf der Beschuldigte durch die Anwendung des vereinfachten Jugendverfahrens aber auch nicht in seiner Verteidigung beschränkt werden[9], ihm insbesondere auch nicht sein Anspruch auf Verteidigerbestellung nach § 68 JGG entzogen werden. Denn auch der Pflichtverteidiger wirkt durch seine Tätigkeit an der Seite des Beschuldigten an der Wahrheitserforschung mit. Daß er als Rechts- und Prozeßkundiger hierzu auch in Bagatellsachen - nur diese können gem §§ 76, 77 JGG im vereinfachten Jugendverfahren behandelt werden - besser in der Lage ist

7) Dallinger-Lackner 13 zu 68

8) Bender 14 zu 68, Dallinger-Lackner 13 zu 68

9) Dallinger-Lackner 5 zu 78

als der Beschuldigte selbst, bedarf keiner Erörterung. Entfiele daher seine Mitwirkung im vereinfachten Jugendverfahren, würde sich die Gefahr einer Fehlentscheidung zum Nachteil des Beschuldigten gegenüber dem normalen Jugendverfahren möglicherweise erhöhen. Darin zeigt sich aber auch, daß durch die Unterlassung einer Verteidigerbestellung die Erforschung der Wahrheit beeinträchtigt würde. Von der Vorschrift des § 68 JGG darf daher auch im vereinfachten Jugendverfahren nicht abgewichen werden. Daß derartige Verfahren möglicherweise durch die Bestellung eines Verteidigers verzögert oder sonst kompliziert werden, hat ebenso außer Betracht zu bleiben wie die Geringfügigkeit der Delikte und der möglichen Folgen. Vielmehr muß dem jugendlichen Beschuldigten, sofern die Voraussetzungen des § 68 JGG gegeben sind, auch im vereinfachten Jugendverfahren ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden[10].

5) Nicht nur in jedem Verfahren vor einem Jugendgericht ist einem Jugendlichen unter den Voraussetzungen des § 68 JGG ein Verteidiger zu bestellen. Nach § 104 I Nr. 10 JGG gilt § 68 JGG auch dann, wenn für das Verfahren gegen einen Jugendlichen die Zuständigkeit eines Erwachsenengerichts - d.h. eines Gerichts, das für die allgemeinen Strafsachen zuständig ist - gegeben ist.[11] Dem Jugendlichen ist daher auch in einem derartigen Verfahren beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 68 JGG ein Pflichtverteidiger beizuordnen.

Die Bestellung eines Verteidigers ist hier auch erforderlich, wenn aus Gründen der Staatssicherheit die Beteiligung des Erziehungsberechtigten und des gesetzlichen Vertreters nach § 104 III JGG ausgeschlossen ist. Entzogen nach § 67 IV JGG sind dem Erziehungsberechtigten und dem gesetzlichen Vertreter ihre Rechte nach dem JGG hier zwar nicht, und dementsprechend ist § 68 Nr. 2 JGG an sich nicht anwendbar. Sinn des § 68 Nr. 2 JGG ist es

---

10) Potrykus NJW 65, 1950; grundsätzlich auch Grethlein (3c zu 68, 5c 3 zu 78 und NJW 65, 1365 und 66, 143), der aber die Notwendigkeit der Verteidigung im vereinfachten Jugendverfahren nach § 68 Nr. 1 JGG i.V.m. § 140 I Nr. 2 verneint, wobei er allerdings auf Grund der Geringfügigkeit der Delikte und der zu erwartenden Folgen von der Annahme ausgeht, der Gesetzgeber habe offensichtlich übersehen, die Fälle des § 140 I Nr. 2 in § 68 Nr. 1 JGG auszunehmen.

11) §§ 102, 103 JGG; s.a. Richtlinien zum Jugendgerichtsgesetz vom 12.2.55 in der Fassung vom 1.1.1963 Nr. 2 zu § 68

aber, den Jugendlichen in keinem Fall in einem Strafverfahren ohne den Beistand eines Erwachsenen zu lassen. Dies ist aber auch der Fall, wenn Erziehungsberechtigter und gesetzlicher Vertreter gem. § 104 III JGG ausgeschlossen sind, da sie dann ja tatsächlich gem. § 104 III JGG ausgeschlossen sind, da sie dann ja tatsächlich gehindert sind, dem Jugendlichen beizustehen. § 68 Nr. 2 JGG ist daher hier entsprechend anzuwenden[12].

5) Gemäß § 109 I 1 JGG ist § 68 JGG letztlich auch im Verfahren gegen Heranwachsende anzuwenden[13]. In allen Fällen des § 68 JGG ist daher auch im Verfahren gegen Heranwachsende die Verteidigung notwendig. Dies gilt nicht nur für die Verfahren vor dem Jugendgericht, sondern gem. § 112 S. 1 JGG auch für die vor dem Erwachsenengericht. Ob das Gericht dabei im Einzelfall allgemeines Strafrecht oder Jugendstrafrecht anwendet, ist ohne Bedeutung. Denn die Anwendung des materiellen Rechts hat insoweit keinen Einfluß auf das Verfahren.[14]

12) Grethlein 3b zu 68

13) zum Begriff des Heranwachsenden siehe § 1 II 2 JGG

14) Dallinger-Lackner 10 zu 112

3. Teil

UMFANG UND DAUER DER PFLICHTVERTEIDIGUNG

§ 18 1. Abschnitt: Der Umfang der Pflichtverteidigung

I. Der persönliche Umfang der notwendigen Verteidigung

Notwendig ist die Verteidigung stets nur in bezug auf einen Beschuldigten, nicht aber in bezug auf ein Verfahren. Das Gesetz stellt hinsichtlich der Notwendigkeit ausschließlich auf die Person des Beschuldigten ab. In seiner Person müssen die Voraussetzungen der Notwendigkeit gegeben sein. Sind daher an einem Verfahren mehrere Beschuldigte beteiligt, ist für jeden einzelnen zu prüfen, ob die Verteidigung notwendig ist[1]. Bei § 140 I Nr. 1 muß freilich das Ergebnis bei allen Beschuldigten gleich sein, da hier entscheidend ist, vor welchem Gericht das Verfahren stattfindet. In allen anderen Fällen erstreckt sich die Notwendigkeit der Verteidigung hinsichtlich eines Beschuldigten aber keineswegs auf seine Mitbeschuldigten. Es ist vielmehr durchaus möglich, daß in einem Verfahren gegen mehrere Beschuldigte die Verteidigung nur hinsichtlich eines Teils von ihnen notwendig ist, etwa weil nur ein Teil länger als drei Monate in Untersuchungshaft war, nur bei einem der Beschuldigten Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit bestehen oder nur der Täter und nicht der Gehilfe mit einer schweren Strafe zu rechnen hat. Zu beachten ist allerdings in einem Verfahren gegen mehrere Beschuldigte, daß durch die Bestellung eines Pflichtverteidigers für einen oder einen Teil von ihnen die übrigen unter Umständen - vor allem wenn die Interessen der Beschuldigten einander widerstreiten - in ihrer Verteidigung beeinträchtigt werden und daß daher auch ihnen möglicherweise aus diesem Grunde ein Pflichtverteidiger beizuordnen ist.[2]

---

1) LR I 3 zu 140, KMR 1 zu 140, KG NJW 54, 1899

2) vgl. oben § 16 III

II. Der sachliche Umfang der notwendigen Verteidigung

Dagegen ist die Verteidigung bei der Verbindung mehrerer Strafsachen gegen denselben Beschuldigten stets für das ganze Verfahren notwendig, wenn auch nur wegen einer der verbundenen Sachen die Notwendigkeit gegeben ist. Grundsätzlich ist die Verteidigung zwar auch immer nur in bezug auf eine Strafsache notwendig. Werden aber mehrere Sachen in einem Verfahren verbunden - sei es nach §§ 2 ff., sei es nach § 237 -, so bildet das Verfahren insoweit eine untrennbare Einheit. Eine Aufspaltung der Verteidigung während der Verbindung nach den einzelnen Strafsachen ist unmöglich. Der gesamte Verfahrensstoff ist für die Aufklärung aller verbundenen Strafsachen und vor allem für die Würdigung der Person des Beschuldigten von Bedeutung. Denn nicht nur der Teil des Verfahrens, der sich unmittelbar auf die Strafsache bezieht, wegen der die Verteidigung notwendig ist, bildet die Grundlage für die Urteilsbildung, sondern der Verfahrensstoff in seiner Gesamtheit. Der Beschuldigte bedarf dann aber auch des Beistandes bei dem gesamten Verfahren und nicht nur bei dem Teil, in dem jeweils unmittelbar über die die Notwendigkeit der Verteidigung begründende Sache verhandelt wird. Die Verteidigung ist daher auch für das gesamte Verfahren notwendig, wenn mehrere strafbare Handlungen Gegenstand des Verfahrens sind und nur wegen einer derselben die Verteidigung notwendig ist.[1] Werden miteinander verbundene Sachen allerdings wieder getrennt, ist für jede gesondert zu prüfen, ob die Verteidigung notwendig ist.

---

1) LR I 3 zu 140, KMR 1c zu 140, Horber S. 17, RG 67, 3 (12) und LZ 1915, 307, RGR 2, 764 (767), BGH NJW 56, 1767 und GA 59, 55, OLG Celle Nds. Rpfl. 50, 96

III. Der sachliche und persönliche Umfang der Pflichtverteidigung

1) Während die Verteidigung immer nur in bezug auf eine Person notwendig ist, richtet sich der persönliche Umfang der Pflichtverteidigung nach der Bestellung. Im allgemeinen ist zwar jedem Beschuldigten ein Pflichtverteidiger beizuordnen. Nach § 146 I, der auch für die notwendige Verteidigung und die Pflichtverteidigung gilt[1], ist es jedoch zulässig, daß mehreren Beschuldigten ein und derselbe Pflichtverteidiger bestellt wird, sofern dies nicht der Aufgabe der Verteidigung widerstreitet. Besteht daher in einem Verfahren gegen mehrere Beschuldigte kein Interessenwiderstreit und ist die Verteidigung in bezug auf sie alle notwendig, kann ihnen allen oder jeweils einem Teil von ihnen ein gemeinschaftlicher Pflichtverteidiger beigeordnet werden.

2) Der sachliche Umfang der Pflichtverteidigung stimmt dagegen mit dem der notwendigen Verteidigung überein. Der Pflichtverteidiger hat also dem Beschuldigten in bezug auf alle in demselben Verfahren anhängigen Strafsachen zur Seite zu stehen, gleichviel, ob die Verteidigung wegen aller notwendig ist oder nur wegen einer einzelnen und ob sie alle bereits von Anfang an in demselben Verfahren anhängig waren oder erst nachträglich miteinander verbunden worden sind.

Sind dem Beschuldigten mehrere Pflichtverteidiger bestellt worden, können sie die Führung der Verteidigung unter sich teilen oder auch nebeneinander tätig werden. Auf Grund der Bestellung sind sie aber berechtigt und verpflichtet, die gesamte Verteidigung zu führen.

Eine Beschränkung der Bestellung in bezug auf eine bestimmte von mehreren verbundenen Sachen ist nicht zulässig, da eine Aufspaltung der Verteidigung nach einzelnen Sachen nicht möglich ist.

---

1) LK II 1 zu 146, LR 1 zu 146, KMR 1 zu 146

§ 19 2. Abschnitt: Der Beginn der Pflichtverteidigung

I. Der Zeitpunkt der Verteidigerbestellung

1) Im allgemeinen ist die Bestellung eines Pflichtverteidigers während des Vorverfahrens vor dem Abschluß der Ermittlungen noch nicht erforderlich. In diesem Verfahrenstadium steht nämlich meist noch garnicht fest, ob es zu einem Hauptverfahren gegen den Beschuldigten kommen wird und ob gegebenenfalls die Verteidigung im Hauptverfahren dann notwendig sein wird.

Bereits mit einzelnen Maßnahmen während des Vorverfahrens kann aber eine erhebliche Benachteiligung des Beschuldigten verbunden sein, nämlich dann, wenn der Beschuldigte sich in Untersuchungshaft befindet oder wenn er - sei es vorübergehend zur Vorbereitung eines Gutachtens über seinen Geistes- oder Entwicklungszustand, sei es vorläufig auf Grund eines Unterbringungsbefehls gem. § 126 a - in einer Anstalt untergebracht ist. Nach den §§ 81 II, 117 IV, 118 a II, 126 a II und §§ 68 Nr. 3, 109 I JGG ist die Verteidigung daher im Einzelfall bereits während des Vorverfahrens notwendig, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Verteidigung gegebenenfalls im Hauptverfahren notwendig sein wird. Dem Beschuldigten ist daher in diesen Fällen schon während des Vorverfahrens ein Pflichtverteidiger beizuordnen, falls er selbst noch keinen Verteidiger hat, und, soweit dies erforderlich ist, die Bestellung eines Verteidigers beantragt wird.

Abgesehen von diesen Fällen braucht dem Beschuldigten während des Vorverfahrens noch kein Verteidiger bestellt zu werden, wenigstens solange nicht, bis sich das Vorverfahren mit dem Abschluß der Ermittlungen seinem Ende nähert. Der Vorsitzende kann jedoch nach seinem pflichtgemäßen Ermessen[1] gem. § 141 III 1 bereits vor diesem Zeitpunkt einen Pflichtverteidiger bestellen. Voraussetzung ist allerdings, daß mit einiger Sicherheit damit zu rechnen ist, die Verteidigung werde in einem kunftigen Hauptverfahren notwendig sein. Denn eine Verteidigerbestellung ist nur in den Fällen notwendiger Verteidigung zulässig. Daß § 141 III 1 von diesem Grundsatz keine Ausnahme machen will, ergibt sich aus dem Zusammenhang des § 141. Angebracht sein wird die Bestellung eines Verteidigers bereits vor dem Abschluß der Ermittlungen, wenn schon zu dieser Zeit auch von Seiten des Beschuldigten Stellung zu nehmen ist zu wichtigen Gutachten, Ermittlungsergebnissen und Rechtsfragen und der Beschuldigte selbst dieser Aufgabe nicht gewachsen ist.

---

1) LK II 7 zu 141, LR I 2c zu 141, KMR 1c zu 141, Leitfaden, Reißfelder S. 34

2) Nach dem Abschluß der Ermittlungen ist dem bisher unverteidigten Beschuldigten ein Pflichtverteidiger beizuordnen gem. § 141 III 2, wenn die Staatsanwaltschaft dies beantragt. Der Vorsitzende muß diesem Antrag entsprechen, ohne selbst zu prüfen, ob die Bestellung schon zu diesem Zeitpunkt erforderlich ist[2]. Aus der Fassung des § 141 III 2 "ist zu bestellen" geht hervor, daß der Antrag der Staatsanwaltschaft den Vorsitzenden bindet und zwar sowohl hinsichtlich des Zeitpunkts der Bestellung als auch hinsichtlich der Notwendigkeit. Selbst dann, wenn die Verteidigung nach § 140 II notwendig ist, ist der Vorsitzende daher an den Antrag der Staatsanwaltschaft gebunden[3].

Ob die Staatsanwaltschaft einen Antrag stellt, ist ihr nicht freigestellt. Nach dem Wortlaut der Bestimmung "soll" sie zwar nur diesen Antrag stellen. Es ließe sich daher die Ansicht vertreten, ihr sei ein Ermessen eingeräumt. Aus der Begründung des Gesetzes ergibt sich jedoch eindeutig, daß sie unter bestimmten Voraussetzungen zur Antragstellung verpflichtet ist[4]. Einmal ist dies der Fall, wenn die Gewährung des Schlußgehörs in Betracht kommt. Eine Verpflichtung zur Gewährung des Schlußgehörs besteht gem. §§ 169a II, 169 b immer dann, wenn die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage durch Einreichung einer Anklageschrift zum Landgericht oder einem höheren Gericht erheben will. In diesem Fall kommt daher auch immer die Gewährung des Schlußgehörs in Betracht. In Frage kommt eine Gewährung des Schlußgehörs darüberhinaus auch immer dann, wenn die Staatsanwaltschaft eine Anklage zum Schöffengericht beabsichtigt. Nach § 169 b I 2 kann sie in diesem Fall zwar die Gewährung des Schlußgehörs versagen. Diese Entscheidung kann sie aber erst treffen, nachdem der Beschuldigte einen entsprechenden Antrag gestellt hat. Vor dieser Entscheidung ist es aber auch bei einer beabsichtigten Anklage zum Schöffengericht immer möglich, daß das Schlußgehör gewährt wird. Denn die Staatsanwaltschaft kann ihre Entscheidung über einen etwaigen Antrag nicht vorwegnehmen, weil ein unerwartetes Vorbringen des Beschuldigten entgegen aller Erwartung doch Anlaß zur Gewährung des Schlußgehörs geben kann, selbst wenn vorher nicht damit zu rechnen war. Damit kommt die Gewährung des Schlußgehörs aber auch

2) KMR 1a 2 zu 141, Schwarz StPO 4 Ab zu 141, Leitfaden, Reißfelder S. 34, Kleinknecht JZ 65, 154

3) vgl. oben § 16 II 3

4) Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucksache IV/178 S. 17: "so macht er (sc. der Entwurf) es der Staatsanwaltschaft zur Pflicht, schon im vorbereitenden Verfahren einen Verteidiger bestellen zu lassen, wenn nach

Fortsetzg. siehe S. 136, unten

hier immer in Betracht und daher muß die Staatsanwaltschaft auch hier den Antrag gem. § 141 III 2 stellen[5]. Verpflichtet zur Stellung des Antrags ist die Staatsanwaltschaft ferner, wenn nach ihrer Auffassung die Verteidigung in dem gerichtlichen Verfahren nach § 140 I notwendig sein wird. Beabsichtigt die Staatsanwaltschaft die Anklage zum Landgericht oder einem höheren Gericht zu erheben, ist dies ohne weiteres zu bejahen. Denn die Notwendigkeit der Verteidigung ergibt sich dann mit Sicherheit aus § 140 I Nr. 1. Daß die Voraussetzungen des § 140 I Nr. 2, 3 und 7 gegeben sein werden, kann die Staatsanwaltschaft ebenfalls mit Sicherheit aus der von ihr beabsichtigten Anklage entnehmen. Anhand des Ermittlungsergebnisses kann sie entscheiden, ob die Verteidigung nach § 140 I Nr. 4 und 6 notwendig sein wird. Hinsichtlich § 140 I Nr. 5 hat sie zu prüfen, ob die Dreimonatsdauer der Untersuchungshaft oder Unterbringung schon überschritten worden ist oder doch alsbald überschritten werden wird. Ist dies zu bejahen, ist sie ebenfalls zur Antragstellung verpflichtet, es sei denn, sie selbst beabsichtige nicht, den Beschuldigten noch länger in Untersuchungshaft zu halten. Denn dann ist mit Freilassung des Beschuldigten vor der Hauptverhandlung zu rechnen.

Über diese Fälle hinaus muß die Staatsanwaltschaft die Bestellung eines Verteidigers nicht beantragen. Hält sie aber die Voraussetzungen des § 140 II für gegeben, kann sie den Antrag stellen. Dies hat sie nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden[6]. Bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 140 II steht ihr ein Ermessen aber ebenso wenig zu wie dem Vorsitzenden. Vielmehr hat auch sie unter Abwägung aller Umstände des konkreten Falls und unter Außerachtlassung jeder subjektiv-persönlichen Erwägung das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu bejahen oder zu verneinen[7].

Fortsetzg. der Fußnote 4) von S. 135:
seiner Auffassung in dem Hauptverfahren die Verteidigung nach § 140 I StPO notwendig sein wird."; S. 31 "um dies (sc. die Vorverlegung des Zeitpunkts der Verteidigerbestellung) zu erreichen, soll die Staatsanwaltschaft verpflichtet sein, die Bestellung spätestens nach dem Abschluß der Ermittlungen zu beantragen, falls die Gewährung des Schlußgehörs nach § 169 b Abs. I, II StPO in Betracht kommt und nach ihrer Auffassung die Verteidigung in dem zu erwartenden Verfahren nach § 140 I StPO notwendig sein wird."; wie hier auch: KMR 1a 1 zu 141, Schwarz StPO 4 Aa zu 141, Leitfaden, Reißfelder S. 34, Schmidt-Leichner NJW 65, 1309 (1310)

5) KMR 1a (1) a zu 141, Schwarz StPO 4 Aa zu 141, Kleinknecht, JZ 65, 154

6) KMR 1a (1) b zu 141, Schwarz StPO 4 Aa zu 141

7) vgl. oben § 16 I

3) Ist es noch nicht zu einer zeitlich unbeschränkten Verteidigerbestellung gekommen, muß diese nach § 141 I spätestens erfolgen, wenn der Beschuldigte gem. § 201 zur Erklärung über die Anklageschrift aufgefordert worden ist. Anders als nach § 141 III 1 muß dem Beschuldigten in diesem Zeitpunkt auch dann ein Verteidiger beigeordnet werden, wenn die Notwendigkeit der Verteidigung auf § 140 II beruht.[8] An die Auffassung der Staatsanwaltschaft ist der Vorsitzende in diesem Zeitpunkt nicht gebunden[9]. Er kann daher die Bestellung eines Verteidigers auch dann ablehnen, wenn die Staatsanwaltschaft einen Antrag gem. § 140 II stellt, die Voraussetzungen des § 140 II nach seiner Ansicht aber nicht vorliegen. Ob dies der Fall ist oder nicht, hat der Vorsitzende anhand der Akten und seiner sonstigen Kenntnis der Sache und des Beschuldigten zu entscheiden.[10] Ebenfalls auf dieser Grundlage hat der Vorsitzende die Entscheidung zu treffen, ob die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 140 I notwendig ist. Auch hier ist die Auffassung der Staatsanwaltschaft für ihn nicht maßgebend. Beantragt diese allerdings die Eröffnung des Verfahrens vor dem Landgericht oder einem höheren Gericht oder wegen einer Tat, die nicht nur wegen Rückfalls ein Verbrechen ist oder kündigt sie einen Antrag auf Untersagung der Berufsausübung oder, wenn auch nur hilfsweise, auf Unterbringung in einer Anstalt an, muß der Vorsitzende die Notwendigkeit der Verteidigung nach § 140 I bejahen und dementsprechend dem Angeschuldigten einen Pflichtverteidiger beiordnen. Er darf keine Rücksicht darauf nehmen, ob seiner Ansicht nach die Anklage auch tatsächlich vor dem betreffenden Gericht oder wegen der betreffenden Tat zugelassen und eine der beantragten Maßregeln verhängt werden wird. Durch die Anklage hat die Staatsanwaltschaft diese Fragen zur Entscheidung gestellt und daher muß sich die Verteidigung hierauf einrichten können. Die Freiheit des Richters in seiner Entscheidung ist aber insofern von Bedeutung, als er die Notwendigkeit der Verteidigung auch dann bejahen kann, wenn er die Tat des Angeschuldigten oder die zu erwartenden Folgen von der Staatsanwaltschaft abweichend beurteilt.[11]

4) Ergibt sich erst nach der Aufforderung zur Erklärung über die Anklageschrift, daß dem Beschuldigten ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist, muß die Bestellung nach § 141 II sofort erfolgen, gleichgültig, ob das Hauptverfahren schon begonnen hat oder nicht.[12]

8) KMR 1b (2) zu 141

9) Ein Antrag der Staatsanwaltschaft nach § 140 II hat in diesem Verfahrensstadium nur die Bedeutung einer Anregung (vgl. oben § 16 II 1)

10) vgl. oben § 16 I

11) KMR 1b (2) zu 141

12) LR I 2b zu 141, KMR 1d zu 141, Schwarz StPO 3 zu 141

§ 141 II gilt dabei für verschiedene Fallgruppen, in denen die Notwendigkeit einer Verteidigerbestellung sich erst nach dem in § 141 I genannten Zeitpunkt zeigt:

Denkbar ist einmal, daß die Notwendigkeit der Verteidigung zwar bekannt war, die Bestellung eines Pflichtverteidigers aber zu Unrecht nicht für erforderlich gehalten wurde. Dies ist etwa der Fall, wenn dem Gericht die Wahl eines Verteidigers angezeigt worden war, dieser dann aber ohne Wissen des Gerichts vor der Mitteilung nach § 201 weggefallen war oder auch, wenn der von dem Beschuldigten gewählte Verteidiger entgegen der Annahme des Gerichts nicht zu dem Personenkreis gehört, der eine notwendige Verteidigung allein führen kann. Möglich ist weiter aber auch, daß die Notwendigkeit der Verteidigung erst nachträglich erkannt wird, etwa, wenn dem Gericht nicht bekannt war, daß der Beschuldigte taub oder stumm ist.

Sehr häufig wird auch sein, daß sich die Notwendigkeit der Verteidigung erst später ergibt. Denkbar ist etwa, daß die Dreimonatsgrenze des § 140 I Nr. 5 erst nachträglich erreicht wird, die Tat des Beschuldigten erst im Eröffnungsbeschluß oder auch erst in der Hauptverhandlung als Verbrechen bewertet wird, eine Nachtragsanklage erhoben wird, erst nachträglich die Unterbringung des Beschuldigten zur Vorbereitung eines Gutachtens über seinen Geistes- oder Entwicklungszustand in Erwägung gezogen wird, erst nachträglich die Verhängung einer Maßregel nach §§ 42b und e StGB in Frage kommt oder dergleichen. Letztlich findet § 141 II auch dann Anwendung, wenn der Beschuldigte zwar zunächst einen Verteidiger hatte, sei es ein Wahl- oder ein Pflichtverteidiger -, dieser dann aber im weiteren Verlauf des Verfahrens zum Beispiel durch Niederlegung seines Amtes, Entlassung durch den Beschuldigten, Rücknahme der Bestellung, Entziehung der Verteidigungsbefugnis oder aus ähnlichem Grunde endgültig wegfällt.

II. Der Beginn der notwendigen Verteidigung und der Pflichtverteidigung

1) Notwendig ist die Verteidigung von dem Augenblick an, in dem eine Verpflichtung besteht, dem Beschuldigten einen Pflichtverteidiger zu bestellen. Dies gilt für alle Fälle der notwendigen Verteidigung, insbesondere auch für die des § 140 II. Unrichtig ist insoweit die von Dünnebier vertretene Ansicht, in den Fällen des § 140 II bewirke erst die Verteidigerbestellung die Notwendigkeit der Verteidigung[1]. Nach dieser Ansicht wäre die Verteidigung nicht notwendig, wenn zwar die Voraussetzungen des § 140 II gegeben sind, der Beschuldigte aber selbst einen Verteidiger wählt oder der Vorsitzende von einer Verteidigerbestellung absieht. Denn eine Verteidigerbestellung wäre hier in beiden Fällen nicht erfolgt. Für die Notwendigkeit der Verteidigung kann es aber weder darauf ankommen, ob es sich bei dem Verteidiger des Beschuldigten um einen von ihm selbst gewählten oder einen ihm vom Vorsitzenden bestellten Verteidiger handelt, noch darauf, ob der Vorsitzende dem unverteidigten Beschuldigten einen Pflichtverteidiger beiordnet oder entgegen seiner Verpflichtung von einer Bestellung absieht. Notwendig ist die Verteidigung, wenn ein Verteidiger an dem Verfahren mitwirken muß, nicht aber, wenn ein Pflichtverteidiger bestellt worden ist. Auch nach § 140 II ist die Mitwirkung eines Verteidigers aber immer erforderlich, wenn die Tat schwer, die Sach- oder Rechtslage schwierig oder der Beschuldigte verteidigungsunfähig ist. Unter diesen Voraussetzungen ist die Verteidigung nach § 140 II im gleichen Sinne notwendig wie in allen übrigen Fällen der notwendigen Verteidigung. Auf die Entscheidung des Vorsitzenden kommt es dabei nicht an. Sie ist nur die Voraussetzung für die Bestellung eines Pflichtverteidigers, nicht aber für die Notwendigkeit der Verteidigung. Auch dann, wenn die Notwendigkeit der Verteidigung auf § 140 II beruht, ist die Verteidigung daher notwendig, sobald der Vorsitzende zur Beiordnung eines Pflichtverteidigers verpflichtet ist, nicht erst, wenn die Verteidigerbestellung erfolgt ist[2].

2) Von dem Beginn der notwendigen Verteidigung ist der der Pflichtverteidigung zu unterscheiden. Notwendigerweise beginnt die Stellung als Pflichtverteidiger erst mit der Bestellung durch den Vorsitzenden. Häufig fallen zwar Bestellung des Pflichtverteidigers und der Beginn der notwendigen Verteidigung zusammen, da der Zeitpunkt, in dem ein Pflichtverteidiger für den unverteidigten Beschuldigten zu bestellen ist, mit dem Beginn der notwendigen Verteidigung übereinstimmt.

1) LR II 8a zu 140; I 3d zu 141

2) so auch KMR 5 zu 140

Dies gilt aber keineswegs immer: Hat der Beschuldigte in dem Zeitpunkt, in dem ihm, falls er unverteidigt wäre, ein Pflichtverteidiger zu bestellen wäre, einen Wahlverteidiger, fällt dieser dann aber im weiteren Verlauf des Verfahrens weg, beginnt die Pflichtverteidigung erst mit der auf den Wegfall folgenden Verteidigerbestellung, während notwendige Verteidigung schon vorher gegeben ist. Später als die notwendige Verteidigung beginnt die Pflichtverteidigung auch, wenn dem Beschuldigten erst bei Beginn oder während der Hauptverhandlung ein Pflichtverteidiger beigeordnet wird. Denn notwendig ist die Verteidigung spätestens seit der Mitteilung der Anklageschrift. Aber auch , wenn der Beschuldigte von Anfang an keinen Wahlverteidiger hatte, kann der Beginn der notwendigen Verteidigung vor dem der Pflichtverteidigung liegen, nämlich dann, wenn sich die Bestellung eines Pflichtverteidigers aus irgendeinem Grunde verzögert. Eine auf den Beginn der notwendigen Verteidigung zurückwirkende Bestellung ist in diesem wie auch in jedem anderen Fall unmöglich. Zweck der Verteidigerbestellung ist stets ausschließlich, sicherzustellen, daß dem Beschuldigten in Zukunft auch dann ein Verteidiger zur Seite steht, wenn er selbst keinen Verteidiger wählt oder ein von ihm gewählter oder bestellter Verteidiger ausfällt.[3] Eine rückwirkende Bestellung vermag aber keineswegs zu sichern, daß der Beschuldigte ordnungsgemäß verteidigt ist.

3) Mit der Bestellung des Pflichtverteidigers beginnt die Pflichtverteidigung stets, und zwar selbst dann, wenn ein Fall der notwendigen Verteidigung nicht gegeben ist. Denn die Bestellung ist stets wirksam, gleichviel, ob die Verteidigung notwendig oder freiwillig ist und ob der Grund der Verteidigerbestellung bestehen bleibt oder wegfällt.[4] Aus § 143 ergibt sich, daß eine Verteidigerbestellung, auch wenn ihr Grund nachträglich in Fortfall kommt und sie damit unzulässig wird, nicht ohne weiteres von selbst erlischt, sondern daß eine formelle Rücknahme der Bestellung erforderlich ist, um die Stellung als Pflichtverteidiger zu beenden. Daraus ist zu entnehmen, daß eine Verteidigerbestellung auch dann wirksam ist, wenn zwar ein Fall der notwendigen Verteidigung nicht gegeben ist und eine Bestellung daher nicht erfolgen darf, der Vorsitzende aber dennoch einen Verteidiger bestellt. Auch aus § 49 I BRAO folgt eindeutig, daß die Bestellung in jedem Falle wirksam ist.

---

3) LR I 3a zu 141, KMR 5 zu 140, OLG Düsseldorf NJW 52, 1151
4) LK II 11 zu 141, LR I 4a zu 141, RG 21, 266; 70, 317 (320)

Die insoweit von Dünnebier vertretene Ansicht,[5] mit der Verteidigerbestellung durch den Vorsitzenden werde die Verteidigung auch dann notwendig, wenn ein Fall der notwendigen Verteidigung garnicht vorliege, ist allerdings abzulehnen. Eine derartige Verteidigerbestellung ist zwar als wirksam anzusehen und sie begründet darüberhinaus auch einen Anspruch des Beschuldigten auf Mitwirkung des ihm bestellten Pflichtverteidigers. Denn auf Grund der Bestellung kann der Beschuldigte davon ausgehen, daß ihm ein Verteidiger zur Seite steht und die Wahl eines Verteidigers seinerseits daher überflüssig ist. Würde nun das Verfahren ohne die Mitwirkung des Pflichtverteidigers fortgeführt, läge eine Beeinträchtigung der Verteidigung vor. Denn der Beschuldigte bliebe dann ohne den Beistand eines Verteidigers, obwohl er auf Grund der Bestellung mit der Mitwirkung eines solchen rechnen konnte. Dem könnte auch nicht entgegengehalten werden, daß die Verteidigerbestellung ja unzulässig gewesen sei und ihm daher kein Pflichtverteidiger hätte bestellt werden müssen. Der Beschuldigte kann darauf vertrauen, daß der ihm vom Vorsitzenden bestellte Verteidiger die Verteidigung führen wird. Unterläßt er daher im Vertrauen auf die Mitwirkung des Pflichtverteidigers die Hinzuziehung eines Wahlverteidigers, muß das Gericht dafür Sorge tragen, daß auch tatsächlich ein Verteidiger mitwirkt. Notwendig wird die Verteidigung durch eine zu Unrecht erfolgte Verteidigerbestellung aber dennoch nicht. Die Bestellung eines Verteidigers ist keine Voraussetzung, sondern eine Folge der Notwendigkeit der Verteidigung. In einem Fall, in dem die Verteidigung nicht notwendig ist, ist eine Bestellung daher unzulässig. Ist sie dennoch erfolgt, ist sie zwar wirksam, muß aber zurückgenommen werden[6]. Die Notwendigkeit der Verteidigung vermag sie aber nicht zu begründen. Denn mit der gebotenen Rücknahme der Bestellung entfällt die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Verteidigers. Auch der Beschuldigte kann dann nicht mehr die Mitwirkung eines Verteidigers beanspruchen. Denn mit der Rücknahme der Bestellung ist klargestellt, daß ein Fall der notwendigen Verteidigung nicht vorliegt und es daher im Belieben des Beschuldigten steht, ob er einen

5) LR I 3a zu 141

6) Richtig insoweit RG 70, 317 (320), das allerdings wie Dünnebier, wenn ein Fall der notwendigen Verteidigung an sich nicht gegeben ist und dennoch eine Verteidigerbestellung erfolgte, nicht nur die Bestellung als wirksam, sondern auch die Verteidigung als notwendig ansieht mit der Begründung, gesetzliche Grundlage der Bestellung sei dann immer noch § 141 (d.h. heute § 140 II). Auch nach § 140 II ist die Verteidigung aber nur unter bestimmten Voraussetzungen notwendig und nur bei deren Vorliegen demnach eine Verteidigerbestellung zulässig (s.a. LK II 11 zu 141).

Verteidiger wählen will. Zur Wahl eines Verteidigers ist ihm allerdings Gelegenheit zu geben. Sein Recht auf freie Wahl eines Verteidigers darf nämlich auch nicht dadurch beschränkt werden, daß eine zu Unrecht erfolgte Bestellung zurückgenommen wird und er dann plötzlich ohne den Beistand eines Verteidigers ist.[7]

7) KMR 2c zu 140

§ 20 3. Abschnitt: Die Dauer der Pflichtverteidigung

I. Die Bestellung für einzelne Teile des Vorverfahrens

1) In den Fällen der notwendigen Verteidigung nach § 118 a II und nach §§ 126 a II in Verbindung mit 118 a II ist die Bestellung eines Pflichtverteidigers nur für die Dauer der mündlichen Verhandlung über die Aufrechterhaltung des Haft- bzw. Unterbringungsbefehls wirksam. Denn nur für deren Dauer ist die Verteidigung notwendig. Die Bestellung des Verteidigers endet daher von sich aus mit dem Ende der Verhandlung[1].

2) Ist die Verteidigung notwendig nach § 117 IV oder §§ 126 a II i. V. m. 117 IV, weil die Untersuchungshaft bzw. die Unterbringung bereits drei Monate gedauert hat, erfolgt die Verteidigung für deren weitere Dauer. Wird der Beschuldigte entlassen, endet die Bestellung daher von sich aus. Denn auch die Notwendigkeit der Verteidigung besteht in diesen Fällen nur für die Dauer der Untersuchungshaft bzw. der Unterbringung.[2]

Erfolgt die Entlassung des Beschuldigten allerdings nicht mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung, bleibt die Verteidigung gem. § 140 I Nr. 5 für das ganze weitere Verfahren notwendig. Die Bestellung bleibt dann ebenfalls grundsätzlich gem. § 140 III 2 wirksam. Der Vorsitzende kann allerdings gem. § 140 III 2 auch einen anderen Pflichtverteidiger bestellen. Mit der Bestellung eines neuen Pflichtverteidigers verliert die Bestellung des alten dann ihre Wirksamkeit[3]. Da aber ein neuer Pflichtverteidiger bestellt wird, liegt nach wie vor Pflichtverteidigung vor.

3) Wird dem Beschuldigten ein Pflichtverteidiger gem. § 81 II bestellt, bleibt die Bestellung für das ganze weitere Verfahren wirksam. Denn die Notwendigkeit der Verteidigung ist in diesem Falle auch stets nach § 140 I Nr. 6 gegeben. Es kann daher auf die nachfolgenden Ausführungen über die Dauer der Pflichtverteidigung in den Fällen der notwendigen Verteidigung nach § 140 verwiesen werden.

4) Entsprechendes gilt auch, wenn einem jugendlichen oder heranwachsenden Beschuldigten bereits im Vorverfahren ein Pflichtverteidiger nach § 68 Nr. 3 JGG beigeordnet wird, weil seine Unterbringung gem. § 73 JGG in Erwägung gezogen wird.

---

1) Schwarz StPO 2 zu 118 a
2) KMR 5 zu 117, Schwarz StPO 4c zu 117
3) Leitfaden, Reißfelder S. 38, KMR 5 zu 117, Schwarz 4c zu 117

II. Die Pflichtverteidigung während der Tatsacheninstanzen

1) In den Fällen des § 140 ist die Verteidigung vom Beginn der Notwendigkeit an zunächst einmal während des gesamten erstinstanziellen Verfahrens notwendig. Denn die Notwendigkeit der Verteidigung soll dem Beschuldigten eine umfassende Unterstützung durch einen Verteidiger während des gesamten Verfahrens und nicht nur während einzelner Verfahrensabschnitte, etwa der Hauptverhandlung, sichern.[1]

Notwendig ist die Verteidigung darüberhinaus auch in der Berufungsinstanz. Früher war dies zwar zum Teil umstritten[2], doch besteht heute insoweit Einigkeit in Rechtsprechung und Lehre.[3] Es wäre auch unverständlich, aus welchem Grunde der Beschuldigte einerseits während des ersten Rechtszugs einen Verteidiger haben müßte, im Berufungsverfahren andererseits aber nicht. Denn bei beiden handelt es sich um Tatsacheninstanzen, in denen der gesamte, dem Beschuldigten zur Last gelegte Sachverhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollständig überprüft wird. Ein Unterschied in der Lage des Beschuldigten während beider Instanzen besteht dementsprechend im wesentlichen nicht. Die Verteidigung ist also auch in der Berufungsinstanz als notwendig anzusehen.

Wird eine Strafsache durch das Revisionsgericht in die Tatsacheninstanz zurückverwiesen, ist die Verteidigung während des weiteren Verfahrens ebenfalls notwendig. Denn nach der Aufhebung des Urteils wird lediglich das bereits laufende Verfahren fortgesetzt mit einer erneuten Überprüfung des gesamten Sachverhalts in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. Das Verfahren unterscheidet sich nicht von dem der übrigen Tatsacheninstanzen[4].

---

1) LK II 11 zu 140, LR I 3b zu 141, KMR 1c und 2a zu 140, Dalcke 2 zu 140, Schwarz StPO 2 zu 140

2) Gegen die Notwendigkeit der Verteidigung in der Berufungsinstanz z. B. Stenglein, Komm. 4 zu 140, Lehrb. S. 167, Ullmann S. 247; a. A. Gerland S. 143, John I S. 397, von Kries S. 237, Kayser S. 131

3) vgl. oben Anm. 1; ferner: Schimmak JW 24, 1699, Jonas JW 25, 927, Werthauser JW 26, 1215, Löwenstein JW 26, 1248, RG JW 26, 1215, OLG Breslau JW 26, 1248, OLG Bremen NJW 55, 1529, OLG Hamm NJW 58, 1934

4) RG 40,4

2) Die Dauer der notwendigen Verteidigung ist in erster Linie maßgebend für den zeitlichen Umfang der Verteidigerbestellung. Diese umfaßt daher zunächst grundsätzlich alle Tatsacheninstanzen[5], und zwar nicht nur jeweils die Hauptverhandlung, sondern das gesamte Verfahren, einschließlich etwaiger Termine vor dem beauftragten oder ersuchten Richter[6]. Denn wirksam in seiner Verteidigung unterstützt werden kann der Beschuldigte nur, indem ihm während des ganzen Verfahrens ein Verteidiger zur Seite steht. Sinn der Verteidigerbestellung ist es aber gerade, eine wirksame Unterstützung des Beschuldigten zu gewährleisten. Der Pflichtverteidiger hat daher während der Tatsacheninstanzen nicht nur jeweils an der Hauptverhandlung teilzunehmen, sondern muß darüberhinaus auch alle ihm zu einer ordnungsgemäßen Verteidigung erforderlich erscheinenden Maßnahmen treffen, insbesondere etwa den Beschuldigten beraten, ob er die Gewährung des Schlußgehörs beantragen will, ob und gegebenenfalls welche Erklärungen er zu der Anklageschrift abgeben soll, ob und welche Anträge er noch vor der Hauptverhandlung stellen soll und dergleichen. Auf Grund der Bestellung ist er dazu auch während der ganzen Tatsacheninstanzen berechtigt, da die Bestellung solange wirksam ist.

Vor allem gibt die Bestellung dem Pflichtverteidiger auch das Recht zur Einlegung und Begründung der Berufung[7]. Denn die Bestellung erstreckt sich auf die Tatsacheninstanzen,und deren Bestandteil ist auch das Verfahren, das zur Berufung führt. Das Recht zur Einlegung der Berufung ergibt sich eindeutig aus der Regelung des § 297, die den Verteidiger schlechthin, also sowohl den Wahl- als auch den Pflichtverteidiger, zur Rechtsmitteleinlegung ermächtigt. Eine dem § 297 entsprechende Regelung fehlt hinsichtlich der Begründung der Berufung. Es besteht aber kein Anlaß, die Wirksamkeit der Verteidigerbestellung insoweit zu verneinen. Denn auch die Berufungsbegründung ist lediglich ein Teil des Berufungsverfahrens, in dem die Verteidigung aber notwendig und dementsprechend die Verteidigerbestellung wirksam ist. Daß eine Berufungsbegründung nicht zwingend vorgeschrieben ist und der Beschuldigte sie überdies selbst abgeben kann, vermag demgegenüber nichts zu besagen. Auf Grund seiner

5) LK II 11 zu 140, LR I 3b aa zu 141, Dalcke 2 zu 140, KMR 2a zu 140, Kohlhaas NJW 59, 171; hinsichtlich der Wirksamkeit der Bestellung für das Berufungsverfahren s. a. Seydel NJW 64, 1035, RG JW 26, 1215, OLG Bremen NJW 55, 1629, OLG Hamm NJW 58, 1934; hinsichtlich der Wirksamkeit der Bestellung nach der Zurückverweisung s. a. RG 40, 4.

6) Seydel NJW 64, 1035, BGH NJW 52, 1426

7) LK II 11 zu 140, LR I 3b aa zu 141, KMR 2a zu 140, Schimmak JW 24, 1699, OLG Braunschweig JW 35, 963.

Stellung hat der Pflichtverteidiger die Verteidigung so zu führen, wie er es für richtig hält. Er hat daher als Verteidiger des Beschuldigten wie bei jeder anderen nicht zwingend vorgeschriebenen Verteidigungshandlung zu entscheiden, ob er die Berufung begründen will.

III. Die Pflichtverteidigung während des Revisionsverfahrens

1) Die in den Tatsacheninstanzen erfolgte Verteidigerbestellung umfaßt weiterhin die Befugnis zur Einlegung und Begründung der Revision[1]. Nach § 341 I kann zwar der Angeklagte selbst die Revision schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle einlegen.Erforderlich ist die Mitwirkung eines Verteidigers daher nicht. Nach § 297 ist jedoch auch der Verteidiger zur Einlegung eines Rechtsmittels berechtigt. Verteidiger im Sinne des § 297 ist dabei auch der in der Vorinstanz bestellte Pflichtverteidiger.[2] Denn einmal macht das Gesetz keinen Unterschied zwischen Wahl- und Pflichtverteidiger. Zum anderen ist als Verteidiger im Sinne des § 297 auch stets derjenige anzusehen, der im bisherigen Verfahren die Verteidigung geführt hat[3], also auch der Pflichtverteidiger aus der Vorinstanz.

Hinsichtlich der Begründung der Revision fehlt eine dem § 297 entsprechende Vorschrift. Dennoch gilt die Bestellung eines Pflichtverteidigers auch insoweit. Zwar kann nach § 345 II der Angeklagte auch selbst ohne die Mitwirkung eines Verteidigers die Revision zu Protokoll der Geschäftsstelle begründen. Eine Revisionsbegründung setzt jedoch weitgehende Kenntnisse des materiellen und vor allem auch des prozessualen Rechts voraus. Diese Kenntnisse besitzt im Regelfall weder der Angeklagte selbst, noch der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle, auch wenn letzterer mindestens ein Beamter des gehobenen Dienstes sein muß, wenn er eine Erklärung wie die Begründung einer Revision aufzunehmen hat.[4] Hinzu kommt, daß der Verteidiger den Hergang des Verfahrens und dessen Mängel aus eigener Anschauung oder aus den Akten kennt, während der Urkundsbeamte nicht mit dem Verfahren vertraut ist und sich allein stützen muß auf die Unterrichtung durch den Angeklagten. Diese ist aber meist unzureichend, da der Angeklagte ja selbst nicht über die zu einer sachgemäßen Beurteilung des Verfahrens erforderlichen Kenntnisse verfügt. Die Mitwirkung eines Verteidigers ist daher auch bei der Revisionsbegründung unbedingt erforderlich, da eine durch den Angeklagten allein zu Protokoll der Geschäftsstelle begründete Revision in der Mehrzahl aller Fälle ohne jede Aussicht auf Erfolg wäre und das Recht des Angeklagten

---

1) LK II 11 zu 140, LR I 3b aa zu 141, Dalcke 2 zu 140, KMR 2a zu 140, 2 zu 350, OLG Braunschweig JW 35, 963, OLG Hamm NJW 58, 1934, LG Krefeld AnwBl. 61, 167, KG JR 51, 217; a.A. OLG Braunschweig NJW 50,79 mit abl. Anm. Cüppers

2) RG 18, 346

3) OLG Braunschweig JW 35, 963, LG Aachen NJW 49, 915

4) BGH NJW 52, 1386 (zu § 345 II StPO)

auf eine Überprüfung des Verfahrens durch das Revisionsgericht damit beschnitten würde.[5]

3) Die Bestellung eines Pflichtverteidigers gilt über die Einlegung und Begründung der Revision hinaus auch für die gem. § 347 I 2 gestattete Gegenerklärung des Angeklagten auf die Revisionsschrift der Staatsanwaltschaft oder eines Nebenklägers. Auch sie kann der Angeklagte nach § 347 I 3 zwar selbst zu Protokoll der Geschäftsstelle abgeben. Er ist dazu aber ebenso wenig befähigt wie zu einer sachgemäßen Revisionsbegründung[6]. Insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

Nichts anderes gilt auch hinsichtlich der Gegenerklärung gem. § 349 II. Auch hier werden erhebliche Anforderungen an die Rechtskenntnisse des Erklärenden gestellt. Diesen Anforderungen kann der Angeklagte selbst nicht gerecht werden. Auch hier ist daher die Mitwirkung eines Verteidigers unbedingt erforderlich. Dementsprechend ist die Wirksamkeit einer in den Tatsacheninstanzen erfolgten Verteidigerbestellung zu bejahen.

Demgegenüber kann auch nicht eingewandt werden, daß es dem Angeklagten ja freigestellt ist, die Gegenerklärung abzugeben. Ob er von der Möglichkeit zur Abgabe der Erklärung Gebrauch macht, steht zwar in seinem Belieben. Er hat aber das Recht zur Abgabe dieser Erklärungen. Als Rechtsunkundiger kann er aber weder entscheiden, ob er eine Erklärung abgeben soll, noch ist er selbst in der Lage, sie abzugeben. Er bedarf daher der Unterstützung eines Verteidigers.

4) Ob und inwieweit die Verteidigung während der Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht notwendig ist, soll in einem gesonderten Abschnitt erörtert werden.[7] Vorweggenommen sei hier nur, daß die in den Tatsachen bestehende Notwendigkeit sich nicht auf die Revisionsverhandlung erstreckt und daß entsprechend eine in den Tatsacheninstanzen erfolgte Verteidigerbestellung nicht für die Revisionsverhandlung gilt.

5) Kohlhaas NJW 51, 179, Greifenhagen GA 1964, 238, Bay. ObLG JW 28. 1944 m. zust. Anm. Löwenstein, OLG Hamm SJZ 50, 218, OLG Celle Nds. Rpfl. 1952, 58, OLG Hamburg NJW 66, 2323, LG Aachen NJW 59, 915, LG Bamberg m. zust. Anm. Güppers, a. A. ebendort OLG Braunschweig

6) Bay. ObLGSt 1952, 85

7) vgl. unten § 22

IV. Die Beschränkung der Verteidigerbestellung

1) Aus den vorstehenden Ausführungen ist ersichtlich, daß die Notwendigkeit der Verteidigung sich in den Fällen des § 140 von ihrem Beginn ab auf das gesamte Strafverfahren mit Ausnahme der Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht erstreckt und daß auch eine Verteidigerbestellung im allgemeinen für das gesamte Verfahren ausschließlich der Revisionsverhandlung erfolgt. Möglich erscheint jedoch, daß eine Verteidigerbestellung von vorn herein auch in den Fällen des § 140 auf bestimmte Verfahrensabschnitte beschränkt wird.

2) Eine Beschränkung der Verteidigerbestellung ist immer zulässig und geboten, wenn ein Referendar zum Pflichtverteidiger bestellt wird. Denn er kann gem. § 142 II eine notwendige Verteidigung nur in bestimmten Fällen und, was hier von Bedeutung ist, immer nur während des ersten Rechtszugs führen. Die Bestellung eines Referendars erlischt daher immer mit dem Ende des ersten Rechtszugs.

Es fragt sich aber, ob die Bestellung für den ersten Rechtszug schon mit dem Ende der erstinstanziellen Verhandlung erlischt oder ob der zum Pflichtverteidiger bestellte Referendar nicht darüberhinaus zur Einlegung und Begründung eines Rechtsmittels befugt ist[1]. Die StPO rechnet, wie sich aus der Systematik des Gesetzes eindeutig ergibt, Rechtsmitteleinlegung und Begründung schon zu den betreffenden Rechtsmittelzug. Da die Bestellung nur für den ersten Rechtszug erfolgt ist, scheint die Frage entschieden und die Einlegung und Begründung eines Rechtsmittels nicht mehr zu den Aufgaben des zum Pflichtverteidiger bestellten Referendare zu gehören. Dagegen sprechen jedoch einige rein praktische Gesichtspunkte. Da die Verteidigung auch für die Einlegung und Begründung des Rechtsmittels notwendig ist, müßte dem Angeklagten unmittelbar nach dem Ende der Verhandlung sofort ein neuer Verteidiger bestellt werden, auch wenn er selbst kein Rechtsmittel einlegen will. Am besten zur Einlegung und Begründung des Rechtsmittels ist ferner immer der Verteidiger in der Lage, der das Verfahren aus eigener Anschauung kennt und daher am besten beurteilen kann, ob und aus welchen Gründen das Urteil fehlerhaft und ob gegebenenfalls welches Rechtsmittel einzulegen ist. Hinzu kommt, daß das Rechtsmittel innerhalb kurzer Fristen einzulegen und zu begründen ist und

1) Da ein Referendar nur in Verfahren vor dem Amtsgericht als Pflichtverteidiger bestellt werden kann, kommen als Rechtsmittel in Betracht die Berufung (§ 312), die Ersatzrevision (§ 334) und die Sprungrevision (§ 335)

daß ein neu bestellter Verteidiger daher zeitliche Schwierigkeiten haben könnte. Ferner ist zu beachten, daß die Einlegung und Begründung des Rechtsmittels, auch wenn sie nach der Einteilung der StPO schon zum Rechtsmittel zugehören, bei dem Erstgericht zu erfolgen haben[2] und dieses auch noch bis zur Vorlegung der Akten an das Rechtsmittelgericht für alle fälligen Entscheidungen zuständig ist. Sinn der Beschränkung der Bestellung eines Referendars auf den ersten Rechtszug ist aber nur, dem Angeklagten in den Verfahren vor den höheren Gerichten eine Verteidigung durch einen voll ausgebildeten Verteidiger zu sichern, da hier Anforderungen an den Verteidiger gestellt werden, denen ein Referendar auf Grund der noch nicht abgeschlossenen Ausbildung möglicherweise nicht gewachsen ist.[3] Zur Entscheidung darüber, ob und welches Rechtsmittel einzulegen ist, und zur Begründung des Rechtsmittels ist ein Referendar aber durchaus als befähigt anzusehen, wenn man ihn überhaupt zur Führung einer notwendigen Verteidigung als befähigt ansieht. Aus all diesen Gründen ist daher trotz der Beschränkung auf den ersten Rechtszug und der Einteilung der Rechtszüge durch die StPO anzunehmen, daß die Bestellung eines Referendars zum Pflichtverteidiger nicht schon mit dem Ende der erstinstanziellen Verhandlung endet, sondern noch die Aufgabe umfaßt, den Angeklagten bei der Einlegung und Begründung eines Rechtsmittels zu beraten oder selbst ein Rechtsmittel einzulegen und zu begründen, soweit er dies im Interesse seines Mandanten für notwendig hält.[4]

3) Von vornherein kann die Verteidigerbestellung - abgesehen von dem Fall des § 142 II - im allgemeinen aber nicht beschränkt werden. Die StPO regelt zwar auch selbst noch einige weitere Fälle[5], in denen eine Beschränkung der Bestellung auf einzelne Prozeßabschnitte möglich ist. Dabei handelt es sich jedoch immer nur um Ausnahmen gegenüber der sonstigen Regelung der notwendigen Verteidigung.[6] Außer den ausdrücklich geregelten Fällen ist eine Beschränkung der Bestellung auf bestimmte Prozeßabschnitte daher nur dann als zulässig anzusehen, wenn diese Beschränkung mit den Interessen des Beschuldigten und dem Wesen der notwendigen Verteidigung zu vereinbaren ist.

---

2) §§ 314 I, 317 I, 341 I, 345 I

3) BT-Drucksache IV/178 S. 31

4) a.A. KMR 1b 2b zu 142, der allerdings darauf hinweist, daß der Referendar ein Rechtsmittel auf Grund besonderer Vollmacht des Angeklagten einlegen kann. Ein Ausweg ist dies jedoch nicht, da der Angeklagte damit gewißermaßen einen Verteidiger wählen müßte.

5) und 6) siehe Seite 151, unten

So ist in den Fällen des § 140 I eine von vornherein beschränkte Verteidigerbestellung nie zulässig[7], wenn man von § 142 II absieht. Die Notwendigkeit der Verteidigung besteht hier stets für das ganze Verfahren und daher muß die Beiordnung unbeschränkt erfolgen, da dem Beschuldigten während des ganzen Verfahrens ein Verteidiger zur Seite stehen muß. Dem steht auch § 142 II nicht entgegen. Die hier zulässige Beschränkung hat ihren Grund allein darin, daß den Beschuldigten auch in kleineren Strafsachen vor den höheren Gerichten ein voll ausgebildeter Verteidiger verteidigen muß. Dies ist aber bereits gewährleistet, wenn dem Beschuldigten schon vor dem Amtsgericht ein Rechtsanwalt beigeordnet wird. Möglich ist zwar auch in den Fällen des § 140 I, daß im Einzelfall der Grund der Notwendigkeit der Verteidigung im Verlauf des Verfahrens entfällt. Dies ist aber immer nur die Ausnahme und daher kann bei der Bestellung davon noch keineswegs ausgegangen werden. Die Bestellung muß vielmehr stets unbeschränkt erfolgen.

Entgegen der Ansicht des Reichsgerichts[8] ist eine Beschränkung der Bestellung auf den ersten Rechtszug - wiederum abgesehen von der Regelung des § 142 II - auch dann nicht von vornherein möglich, wenn die Notwendigkeit der Verteidigung sich aus § 142 II ergibt. Abzulehnen ist einmal die Auffassung des Reichsgerichts, die Befugnis, die Bestellung ganz abzulehnen, schließe auch die Ermächtigung ein, die Beiordnung auf das Verfahren in erster Instanz zu beschränken. Diese Auffassung geht zurück auf die bereits abgelehnte Meinung, dem Vorsitzenden sei bei der Entscheidung gem. § 140 II ein Ermessen eingeräumt. Wie dargelegt, ist diese Entscheidung aber keine Ermessensbetätigung. Der Vorsitzende kann eine Verteidigerbestellung daher nur ablehnen, wenn er das Vorliegen der Voraussetzungen

---

5) vgl. oben I; beschränkt ist auch eine Verteidigerbestellung nach § 350 (vgl. § 22 IV)

6) vgl. RG 37, 21 (23); 40,4, die sogar annehmen, eine Beschränkung auf einzelne Verfahrensabschnitte sei der StPO fremd. Angesichts der heute ausdrücklich geregelten Fälle einer beschränkten Verteidigerbestellung, läßt sich diese Ansicht nicht mehr halten. Sie ist aber insoweit richtig, als eine Beschränkung immer die Ausnahme ist.

7) KMR 2b zu 140, LR I 3c zu 141

8) RG 62, 22 (23); zustimmend KMR 2b zu 140; einschränkend LR I 3c zu 141, der darauf hinweist, daß die Notwendigkeit der Verteidigung in der Berufungsinstanz erneut geprüft werden muß und daß der Vorsitzende des Berufungsgerichts wohl kaum eine andere Entscheidung als der Erstrichter treffen kann, wenn die Rechts- und Sachlage unverändert ist.

des § 140 II verneint. Dann muß er die Bestellung aber ganz ablehnen und kann dem Beschuldigten weder für das gesamte Verfahren noch für einen bestimmten Verfahrensabschnitt einen Pflichtverteidiger beiordnen. Die Begründung des Reichsgerichts vermag auch im übrigen nicht zu überzeugen. Zuzustimmen ist ihm zwar darin, daß der Vorsitzende zur Zeit der Bestellung nicht übersehen kann, ob die Beiordnung noch für einen späteren Verfahrensabschnitt erforderlich sein wird, und daß dem Beschuldigten kein unentziehbarer Anspruch darauf zusteht, einen während der ersten Instanz bestellten Verteidiger auch in den höheren Instanzen zu behalten. Eine Beschränkung der Bestellung auf den ersten Rechtszug vermag dies aber nicht zu rechtfertigen. Auch in den Fällen des § 140 II ist die Verteidigung grundsätzlich während des ganzen Verfahrens notwendig. Sieht der Vorsitzende daher die Notwendigkeit nach § 140 II als gegeben an, hat er davon auszugehen, daß sie sich auf das ganze Verfahren erstreckt. Dementsprechend muß er dem Beschuldigten dann aber auch einen Pflichtverteidiger ohne jede Beschränkung beiordnen. Nur wenn er bei der Bestellung absehen könnte, daß die Verteidigung mit Sicherheit in einem späteren Verfahrensabschnitt nicht mehr notwendig sein wird, könnte er die Bestellung von vorn herein beschränken. Dies kann er aber niemals, wenn er am Beginn des Verfahrens des ersten Rechtszugs über die Bestellung zu entscheiden hat.

4) Als zulässig ist dagegen eine beschränkte Verteidigerbestellung nach § 140 II anzusehen, wenn die Verteidigung zwar während des gesamten Verfahrens nicht notwendig ist, die Mitwirkung eines Verteidigers aber wegen der besonderen Lage des Falls während eines bestimmten Verfahrensabschnitts erforderlich erscheint. Zu denken ist hier etwa an den Fall, daß die Anwesenheit eines Verteidigers bei einer vorweggenommenen Zeugenvernehmung wegen der besonderen Bedeutung der Aussage unerläßlich ist, der Beschuldigte aber noch keinen Verteidiger hat oder ein bereits vorhandener Verteidiger an der Teilnahme verhindert ist[9]. Häufig wird auch sein, daß weder die Verteidigung in der Tatsacheninstanz notwendig war, noch der Angeklagte selbst einen Verteidiger gewählt hatte, die Mitwirkung eines Verteidigers bei der Revisionsbegründung oder einer Gegenerklärung wegen der besonderen Anforderungen an die Rechtskenntnisse des Erklärenden erforderlich ist.[10] In diesen und ähnlichen Fällen ist eine auf einen Verfahrensabschnitt beschränkte Bestellung als zulässig anzusehen.[11]

9) LR I 3c zu 141

10) RG JW 1892, 8

11) LK II 11 und 12 zu 140, LR I 3c zu 141, KMR 2b zu 140

Darüberhinaus wird eine Beschränkung von vornherein niemals in Betracht kommen. Als unzulässig ist insbesondere eine Beschränkung auf einzelne Teile der Hauptverhandlung, etwa nur für die Schlußanträge oder nur während der Erstattung eines schwierigen Sachverständigengutachtens, anzusehen. Die Hauptverhandlung bildet eine untrennbare Einheit und daher ist die Verteidigung, auch wenn nur einzelne Teile schwierig sind und die Mitwirkung eines Verteidigers erfordern, stets während der ganzen Verhandlung notwendig. Denn wirksam kann eine Verteidigung immer nur sein, wenn sie sich auf die ganze Hauptverhandlung erstreckt. Nur, wenn lediglich eine kurzfristige Vertretung des notwendigen Verteidigers erforderlich ist, wird man eine beschränkte Verteidigerbestellung als zulässig ansehen können, beispielsweise dann, wenn der Verteidiger als Zeuge vernommen wird[12] oder sich nur für eine kurze, von vornherein begrenzte Zeit aus der Verhandlung entfernt[13]. Hier ist die beschränkte Bestellung mit den Interessen des Angeklagten zu vereinbaren, da er ja während der ganzen Verhandlung verteidigt wird und sein Verteidiger durch den zu seiner Vertretung zeitweilig bestellten Verteidiger ausreichend über den Gang der Verhandlung unterrichtet werden kann. Abgesehen von einem derartigen Fall ist eine Beschränkung der Verteidigerbestellung auf einzelne Teile der Hauptverhandlung aber niemals möglich.[14]

---

12) Zeuge kann der Verteidiger nur sein, wenn Vertreidigerpflicht und Zeugenpflicht einander nicht widerstreiten. Besteht eine Konfliktsituation - etwa weil der Verteidiger für den Angeklagten Belastendes aussagen muß - und kann auf seine Aussage nicht verzichtet werden, ist ihm die Verteidigungsbefugnis zu entziehen. Denn die Zeugenpflicht geht hier vor, da der Verteidiger ersetzt werden kann, der Zeuge dagegen nicht (vgl. dazu vor allem BVerfG NJW 63, 1771, Eb. Schmidt NJW 63, 1753 ff. und LR III 2d zu 138 mit Nachweisen). Dem Angeklagten wäre dann, wenn die Verteidigung notwendig ist und er selbst keinen Verteidiger wählt, ein Pflichtverteidiger für das ganze Verfahren zu bestellen.

13) Nach Dünnebier (LR I 3c zu 141) ist eine Beschränkung auf einzelne Teile der Hauptverhandlung immer als unzulässig anzusehen. Er ist jedoch auch der Ansicht, dem Angeklagten müsse, wenn sein Verteidiger als Zeuge vernommen werde, für die Zeit der Aussage ein anderer Verteidiger bestellt werden (LR III 2d zu 138). Dies ist aber dann ebenfalls eine beschränkte Bestellung. Ebenso auch KMR 2c vor 137, BGH NJW 53, 1601.

14) In der Regel wird in diesem Fall eine Unterbrechung der Hauptverhandlung der Vorzug zu geben sein.

V. Das Ende der Pflichtverteidigung

1) Ist eine Verteidigerbestellung von vornherein auf einen bestimmten Verfahrensabschnitt beschränkt gewesen, erlischt sie mit dessen Ende von sich aus. Nicht immer ist damit aber auch die Pflichtverteidigung beendet. Bleibt nämlich die Verteidigung im weiteren Verfahren notwendig und wählt der Beschuldigte auch jetzt keinen Verteidiger, muß am Ende des Verfahrensabschnitts, auf den die Bestellung beschränkt war, entweder ein neuer Pflichtverteidiger beigeordnet oder der bisherige neu bestellt werden.

Erfolgt keine Neubestellung, tritt aber der bisherige Pflichtverteidiger mit der Billigung des Gerichts auch nach dem Ende des Verfahrensabschnitts noch als solcher auf, ist er als neu bestellt für das ganze weitere Verfahren anzusehen. Denn aus der Billigung des weiteren Auftretens als Pflichtverteidiger durch das Gericht ist dann eine unbeschränkte Neubestellung zu entnehmen[1]. Dies ist etwa der Fall, wenn ein Pflichtverteidiger nach § 118 a II bestellt worden ist, er dann aber auch noch im Hauptverfahren mit Zustimmung des Gerichts als Pflichtverteidiger auftritt, ohne daß eine Neubestellung erfolgt ist, oder auch dann, wenn ein Pflichtverteidiger nur für die Zeit der Vernehmung des eigentlichen Verteidigers beigeordnet wurde, nach dem Abschluß der Vernehmung aber weiterhin als Verteidiger auftritt.

2) Weiter endet jede Verteidigerbestellung mit dem Tode des Pflichtverteidigers oder mit der ausdrücklichen Rücknahme der Bestellung[2] durch den Vorsitzenden, gleichgültig, ob die Bestellung beschränkt oder unbeschränkt war[3]. Auch in diesen beiden Fällen ist das Erlöschen der Bestellung nicht immer gleichbedeutend mit der Pflichtverteidigung. Denn auch nach dem Tode des Pflichtverteidigers oder der Rücknahme der Bestellung muß ein neuer Pflichtverteidiger beigeordnet werden, wenn die Verteidigung weiterhin notwendig ist und der Beschuldigte keinen Verteidiger wählt.

3) Im übrigen erlischt die Verteidigerbestellung immer erst mit dem Ende des Verfahrens von sich aus[4]. Da die Notwendigkeit der Verteidigung sich im allgemeinen auf das ganze Verfahren mit Ausnahme der Revisionsverhandlung erstreckt und da die Dauer der Notwendigkeit in erster Linie maßgebend ist für die der Bestellung, bleibt diese für das ganze Verfahren wirksam, wenn sie

---

1) LR I 3c zu 141, OLG Köln NJW 56, 1936

2) Zur Rücknahme der Bestellung vgl. unten § 21

3) LR I 4a zu 141

4) LK II 11 und 12 zu 140, LR I 3b und 4a zu 141, KMR 2 zu 140

nicht ausnahmsweise von vornherein beschränkt worden war oder schon durch den Tod des Pflichtverteidigers oder eine ausdrückliche Rücknahme beendet wird. Dies gilt auch, wenn die Notwendigkeit der Verteidigung im Einzelfall vor dem Ende des Verfahrens entfällt. Nach § 143 muß eine zunächst zulässige Bestellung, die durch eine Verteidigerwahl unzulässig geworden ist, ausdrücklich zurückgenommen werden, wenn die Stellung des Pflichtverteidigers beendet werden soll. Daraus ist zu entnehmen, daß jede Bestellung, die von Beginn an unzulässig war oder es im weiteren Verlauf des Verfahrens geworden ist, zu ihrer Beendigung einer ausdrücklichen Rücknahme bedarf. Hört daher zwar die Notwendigkeit schon vor dem Ende des Verfahrens auf, erfolgt aber keine Rücknahme der Bestellung, bleibt die Verteidigerbestellung bis zum Abschluß des Verfahrens wirksam und endet erst mit diesem von sich aus.
In den meisten Fällen, in denen dem Beschuldigten ein Pflichtverteidiger beigeordnet worden ist, endet das Strafverfahren erst mit der Rechtskraft des Urteils. Denn die Bestellung erfolgt im allgemeinen erst, wenn die Durchführung des Hauptverfahrens zu erwarten und daher mit einer Einstellung des Verfahrens durch eine Verfügung der Staatsanwaltschaft oder durch einen Beschluß des Gerichts nur noch ausnahmsweise zu rechnen ist, zumal es sich bei dem Großteil der Strafsachen, in denen die Verteidigung notwendig ist, um schwere Fälle handelt, bei denen eine Einstellung von vornherein nur in geringem Maße in Betracht kommt. Im allgemeinen endet daher auch die Bestellung erst mit der Rechtskraft des Urteils, und zwar auch mit der eines Einstellungsurteils. Denn jedes Urteil, das formell rechtskräftig geworden ist, beendet das Verfahren, gleichviel, ob es sich um eine Sach- oder Prozeßentscheidung handelt.

Wird dem Angeklagten nach dem Eintritt der Rechtskraft die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt, lebt die Bestellung wieder auf. Denn die Wirkung der Wiedereinsetzung besteht darin, daß das Verfahren in den Stand zurückversetzt wird, in dem es sich vor der Fristversäumung befand. Nach der Wiedereinsetzung wird also lediglich das alte Verfahren fortgesetzt von dem Augenblick an, in dem es durch die Fristversäumung beendet wurde. Dementsprechend ist auch die Verteidigung erneut bis zum Ende des Verfahrens notwendig und auch die Bestellung weiterhin wirksam bis zum neuerlichen Eintritt der Rechtskraft.

---

5) LK II 12 zu 140, LR I 3b bb zu 141, RG 22, 97 (98); 29, 278

Ähnlich wird die Bestellung nach dem Eintritt der Rechtskraft erneut wirksam für ein Wiederaufnahmeverfahren. Denn auch das Wiederaufnahmeverfahren ist als Fortsetzung eines früheren Verfahrens anzusehen[5]. Ordnet das Gericht dann gem. § 370 II die Wiederaufnahme des Verfahrens und die Erneuerung der Hauptverhandlung an, endet die Bestellung unwiderruflich von sich aus.[6] Denn mit dem Beschluß nach § 370 II beginnt ein neues Verfahren, in dem ohne Rücksicht auf das frühere Verfahren verhandelt und entschieden wird und in dem sogar eine andere Anklage erhoben werden kann, wobei das Verfahren auch vor einem anderen Gericht eröffnet werden kann. In diesem neuen Verfahren ist dann selbständig zu prüfen, ob die Verteidigung notwendig ist und ob dem Angeklagten ein Pflichtverteidiger bestellt werden muß[7]. Von sich aus erlischt die Verteidigerbestellung auch, wenn das Verfahren nach der Bestellung eingestellt wird, sei es durch eine Verfügung der Staatsanwaltschaft, sei es durch einen Beschluß des Gerichts - oder wenn das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnt. Denn mit der Unanfechtbarkeit der Einstellungsverfügung bzw. des Einstellungsbeschlusses und der die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnenden Entscheidung ist das Verfahren ebenfalls beendet. Wird das Verfahren wieder aufgenommen, lebt die Verteidigerbestellung nicht wieder auf. Denn es beginnt dann - ebenso wie nach dem Beschluß gem. § 370 II - ein neues Verfahren, in dem erneut zu prüfen ist, ob die Verteidigung notwendig und auch ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist.

Letztlich endet die Bestellung von sich aus auch mit dem Tode des Beschuldigten, da auch er das Verfahren zum Abschluß bringt, ohne daß es einer förmlichen Einstellung bedarf.

---

6) LR I 3b aa zu 141, LK II 12 zu 140, RG 29, 278 (280); 40,4 (5)
7) RG 29, 279, 280

VI. Die Pflichtverteidigung nach der Rechtskraft des Urteils

1) Mit der Rechtskraft des Urteils endet die Notwendigkeit der Verteidigung und auch die Wirksamkeit der Bestellung. Den Sinn der Verteidigung und damit auch der Pflichtverteidigung ist, zur Findung eines gerechten Urteils beizutragen und den Beschuldigten vor einer ihm nachteiligen Fehlentscheidung zu bewahren. Nach der Rechtskraft des Urteils ist damit für die Tätigkeit eines Verteidigers im allgemeinen kein Raum mehr, da das Urteil ja unwiderruflich ist, wenn man von der Möglichkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens absieht. Während des Vollstreckungsverfahrens ist daher die Mitwirkung eines Verteidigers nicht als erforderlich anzusehen und die Verteidigung dementsprechend auch nicht als notwendig.

2) Im Einzelfall kann auch im Vollstreckungsverfahren die Mitwirkung eines Verteidigers wegen der besonderen Lage des Falls oder auch des Verurteilten nötig sein. Man muß es daher als zulässig ansehen, daß dem Verurteilten zumindest in entsprechender Anwendung des § 140 II auch nach der Rechtskraft des Urteils ein Pflichtverteidiger für einzelne Verfahrenshandlungen bestellt wird, zumal das Gesetz eine Verteidigerbestellung nach der Rechtskraft nicht ausdrücklich verbietet.[1] In Betracht kommt die Bestellung eines Pflichtverteidigers zum Beispiel für eine Nachtragsentscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung[2], für eine solche über eine bedingte Entlassung nach § 26 StGB[3], für eine Entscheidung darüber, ob der Zweck einer Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt[4] oder einer Untersagung der Berufsausübung erreicht ist[5], für eine Entscheidung über eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung[6], für Gnadenentscheidungen[7] und dergleichen. Voraussetzung muß stets sein, daß der nach der Rechtskraft zu treffenden Entscheidung besondere Bedeutung zukommt und daß sie mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, die der Verurteilte nicht allein lösen kann.

---

1) LR I 3b bb zu 141, KMR 2 zu 140, OLG Naumburg JW 38, 2492, OLG München MDR 57, 696
2) § 453 I
3) § 454 I
4) § 463 a I; OLG München MDR 57, 696
5) § 463 a I
6) §§ 460
7) OLG Naumburg JW 38, 2492

§ 21 4. Abschnitt: Die Rücknahme der Bestellung

I. Die Rücknahme im Hinblick auf die Wahl eines Verteidigers

1) Einen Fall der Rücknahme der Verteidigerbestellung regelt das Gesetz selbst ausdrücklich. Nach § 143 ist eine Bestellung zurückzunehmen, wenn demnächst ein Verteidiger gewählt wird und dieser die Wahl annimmt. Voraussetzung der Rücknahme ist, daß der gewählte Verteidiger zu dem Personenkreis gehört, der eine notwendige Verteidigung selbständig führen kann. Der Gewählte muß daher einmal den Anforderungen des § 138 I entsprechen, also entweder Rechtsanwalt und an einem deutschen Gericht zugelassen oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule sein. Denn nur sie können in allen Fällen der notwendigen Verteidigung allein als Verteidiger auftreten. Wählt der Beschuldigte einen Verteidiger, der weder Rechtsanwalt noch Rechtslehrer ist, besteht kein Anlaß zur Rücknahme der Bestellung. Eine Ausnahme gilt lediglich, wenn ein Referendar als Verteidiger gewählt wird und bei ihm die Voraussetzungen des § 142 II vorliegen[1]. Denn dann kann auch ein Referendar eine notwendige Verteidigung allein führen. Notwendig ist weiter in jedem Fall, daß der gewählte Verteidiger die Wahl annimmt. Er kann dies ausdrücklich erklären. Es kann sich aber auch aus seinem Auftreten als Verteidiger ergeben. Sind diese Voraussetzungen ergeben, muß die Bestellung zurückgenommen werden, wie sich eindeutig aus dem Wortlaut des § 143 ergibt.

2) Zurückzunehmen ist die Bestellung auch dann, wenn der Beschuldigte zur Zeit der Bestellung schon einen Verteidiger gewählt hatte, dem Gericht aber die Wahl erst nach der Bestellung bekannt geworden ist.[2] Zulässig war die Bestellung in diesem Fall zwar, da das Gericht bis zur Anzeige der Wahl davon ausgehen mußte, daß kein Verteidiger gewählt worden ist. Wird ihm die Wahl aber angezeigt, so unterscheidet sich die Lage nicht von der des § 143. Die Aufrechterhaltung der Bestellung ist dann unzulässig, vorausgesetzt natürlich auch hier, daß der von dem Beschuldigten gewählte Verteidiger den Anforderungen entspricht, die an die Person eines notwendigen Verteidigers zu stellen sind.

1vgl. unten § 23 II

2) LK II 2 zu 143, LR I 4c zu 141

II. Die Rücknahme wegen Unfähigkeit des Verteidigers

1) Als Grundlage einer Rücknahme der Verteidigerbestellung kommt ferner § 146 in Betracht[1]. Im Gegensatz zu einem Wahlverteidiger kann ein Pflichtverteidiger die Verteidigung niemals selbst niederlegen. Denn von seinem Amt als Verteidiger kann ihn nur der Vorsitzende durch die Rücknahme der Bestellung entbinden. Ist daher ein Pflichtverteidiger für mehrere Beschuldigte bestellt worden und zeigt sich dann, daß die Interessen der Beschuldigten einander widerstreiten, kann der Pflichtverteidiger lediglich dem Gericht davon Mitteilung machen und Antrag auf gänzliche oder teilweise Entbindung von seinem Amt stellen, um eine Neuregelung der Verteidigung und eine Beseitigung der Interessenkollision zu erreichen. Aber auch ohne einen derartigen Antrag des Pflichtverteidigers und sogar gegen dessen Auffassung hat der Vorsitzende von Amts wegen die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, wenn er einen Interessenwiderstreit als gegeben ansieht. Denn seine Verpflichtung, bei notwendiger Verteidigung für die Mitwirkung eines Verteidigers im Verfahren Sorge zu tragen, bedeutet, für eine ordnungsgemäße und keinen der Beschuldigten benachteiligende Verteidigung zu sorgen. Eine gemeinschaftliche Verteidigung ist aber wegen der nicht zu vermeidenden Benachteiligung der Beschuldigten gem. § 146 unzulässig, wenn eine Interessenkollision besteht. Der Vorsitzende ist daher verpflichtet, die Bestellung entweder ganz oder doch soweit zurückzunehmen, daß der Verteidiger nicht mehr für Beschuldigte mit einander widerstreitenden Interessen auftritt.[2]
Anders als bei gemeinschaftlicher Wahlverteidigung kann der Vorsitzende selbst entscheiden, hinsichtlich welches Beschuldigten die Bestellung zurückzunehmen oder aufrecht zu erhalten ist. Denn gemäß § 142 wählt er selbst den zu bestellenden Verteidiger aus und daher kann er auch bestimmen, welchen von mehreren Beschuldigten der bisherige Pflichtverteidiger weiter verteidigen soll.

2) Zurückzunehmen ist eine Verteidigerbestellung ferner, wenn der Pflichtverteidiger unfähig ist, die Verteidigung zu führen.[3] Denn auch dann liegt keine ordnungsgemäße Verteidigung vor. Unfähig ist der Verteidiger immer, wenn er prozeß-, verhandlungs- oder verteidigungsunfähig ist[4]. Ordnungsgemäß führen kann er dann nämlich die Verteidigung nicht.

1) Vgl. zum folgenden oben § 14 IV
2) LK II 4 und 5 zu 146, LR 3 und 4 zu 146, RG 35, 189 (191)
3) LR I 4d zu 141
4) vgl. oben § 14 IV 2; s. a. OLG Hamm NJW 54, 1259

Als unfähig ist ein Pflichtverteidiger ferner stets anzusehen, wenn ihm die Verteidigungsbefugnis entzogen werden kann.[5]
Es ist zwar auch dann möglich, den Pflichtverteidiger ebenso wie einen Wahlverteidiger von der Verteidigung auszuschließen[6]. Dessen bedarf es jedoch nicht. Ein Wahlverteidiger kann nur durch einen Gerichtsbeschluß ausgeschlossen werden, da die Ausschließung eine belastende Anordnung enthält, die nach dem System der StPO - von einigen ausdrücklich geregelten Ausnahmen abgesehen - stets Sache des Gerichts und nicht des Vorsitzenden ist. Belastend ist die Rücknahme der Bestellung aber weder für den Beschuldigten noch für den Verteidiger, wenn auch nur die Möglichkeit besteht, daß dem Pflichtverteidiger die Verteidigungsbefugnis entzogen werden müßte. Durch die Bestellung erwächst dem Pflichtverteidiger selbst ebensowenig ein unentziehbarer Anspruch auf die Führung der Verteidigung wie dem Verteidiger, der von dem Beschuldigten selbst gewählt worden ist. Vielmehr kann der Vorsitzende ihn grundsätzlich durch die Rücknahme der Bestellung von seinem Amt entbinden, ähnlich, wie dies der Beschuldigte bei seinem Wahlverteidiger durch die Entziehung des Mandats kann. Von einer Rücknahme der Bestellung muß der Vorsitzende Abstand nehmen, wenn der Beschuldigte dadurch in seiner Verteidigung beeinträchtigt wird. Davon kann aber nicht gesprochen werden, wenn die Bestellung zurückgenommen wird, weil dem Verteidiger möglicherweise die Verteidigungsbefugnis zu entziehen ist. Denn durch die Rücknahme wird dem Beschuldigten nicht der von ihm selbst gewählte Verteidiger seines Vertrauens entzogen, wie dies beim Ausschluß des Wahlverteidigers der Fall ist, sondern es wird lediglich der ihm bestellte Verteidiger durch einen anderen ersetzt, da ja mit der Rücknahme der Bestellung stets die Beiordnung eines anderen Pflichtverteidigers verbunden werden muß. Ein Auswechseln des Pflichtverteidigers ist aber immer schon dann möglich, wenn der Vorsitzende Anlaß hat, an der Eignung des bisherigen Pflichtverteidigers zu zweifeln. Da er für die ordnungsgemäße Verteidigung des Beschuldigten Sorge tragen muß, ist er, wenn er eine solche nicht als gewährleistet ansieht, berechtigt und verpflichtet, die ihm notwendig erscheinenden Maßnahmen zu treffen, um eine ausreichende Verteidigung zu sichern. Hat er daher Zweifel an der Eignung des bisherigen Pflichtverteidigers, kann er dessen Bestellung zurücknehmen und einen anderen Verteidiger bestellen. Dies bedeutet aber auch, daß er die Bestellung eines Verteidigers auch dann zurücknehmen kann, wenn er Anhaltspunkte für die Unfähigkeit des Verteidigers hat. Eines Gerichtsbeschlusses bedarf es daher für die Rücknahme nicht, zumal die Zuständigkeit für die Rücknahme stets allein bei dem Vorsitzenden liegt.

5) KMR 4 zu 142; vgl. oben § 14 IV 4
6) OLG Oldenburg GA 1956, 169

III. Das Auswechseln des Pflichtverteidigers

1) Auch in anderen Fällen kann trotz des Fortbestehens der Notwendigkeit der Verteidigung die Rücknahme einer Bestellung in Betracht kommen. So ist eine Rücknahme stets als zulässig anzusehen, wenn der Pflichtverteidiger damit einverstanden ist. Aus §§ 49 II, 48 II BRAO ergibt sich, daß ein Rechtsanwalt mit der Bestellung zum Pflichtverteidiger wird, ohne daß es einer Annahmeerklärung seinerseits bedarf, und daß er von diesem Amt nur durch eine Rücknahme der Bestellung entbunden werden kann. Aus dieser Regelung ist darüberhinaus aber auch zu entnehmen, daß er die Aufhebung der Bestellung beantragen kann, wenn wichtige Gründe vorliegen[1]. Diese Regelung soll zwar in erster Linie dem zum Pflichtverteidiger bestellten Rechtsanwalt die Möglichkeit geben, vor dem Beginn seiner Tätigkeit eine Entbindung von dem Verteidigeramt zu erreichen. Es ist aber kein Grund ersichtlich, warum ein Pflichtverteidiger nicht auch während des Verfahrens die Rücknahme der Bestellung beantragen und warum der Vorsitzende diesem Antrag nicht stattgeben kann, wenn wichtige Gründe für die Beendigung der Bestellung vorliegen. Denn die Verpflichtung eines Rechtsanwalts zur Übernahme einer Pflichtverteidigung kann niemals soweit gehen, daß er sie unter allen Umständen bis zum Ende des Verfahrens führen muß. Vielmehr muß er auch die Möglichkeit haben, seine Verteidigerbestellung zu beenden. Eine Gefahr, daß der Beschuldigte durch eine plötzliche Beendigung der Bestellung überrascht und dadurch in seiner Verteidigung beeinträchtigt wird, besteht nicht, da der Vorsitzende bei der Rücknahme stets einen neuen Pflichtverteidiger beiordnen muß. Beantragt daher der Pflichtverteidiger selbst die Rücknahme der Bestellung, etwa weil das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und dem Beschuldigten gestört ist[2], kann der Vorsitzende die Bestellung zurücknehmen.

Aber auch wenn der Pflichtverteidiger die Rücknahme der Bestellung nicht selbst beantragt, gegen sie aber nichts einzuwenden hat, wird man sie stets als zulässig ansehen, wenn sie nicht willkürlich und ohne jeden vernünftigen Grund erfolgt. So kommt zum Beispiel eine Rücknahme in Betracht, wenn die Sache an ein auswärtiges Gericht überwiesen wird und dem Pflichtverteidiger nicht zugemutet werden kann, vor dem weit entfernten Gericht aufzutreten.[3]

1) vgl. amtl. Begründung zu § 49 BRAO, Kalsbach Komm. 2 zu § 49 BRAO
2) LR I 4d zu 141, Kalsbach Komm. 2 zu 49, OLG Hamm NJW 58, 642
3) LR I 4d zu 141

2) Zurückgenommen werden kann eine Verteidigerbestellung gegen den Willen des Pflichtverteidigers einmal dann, wenn der Beschuldigte selbst mit ihr einverstanden ist. Da der Pflichtverteidiger mit der Bestellung kein unentziehbares Recht auf Führung der Verteidigung erwirbt, kann er auch gegen seinen Willen aus dem Amt entfernt werden. Eine willkürliche Rücknahme darf jedoch auch dann nicht erfolgen, wenn der Beschuldigte einverstanden ist. Denn dadurch könnte zum Schaden des Ansehens der Rechtspflege leicht der Eindruck entstehen, ein dem Gericht lästiger Verteidiger solle ausgeschlossen werden. Hat das Gericht aber Anlaß zu der Annahme, der Pflichtverteidiger nehme die Interessen des Beschuldigten nicht genügend wahr - etwa weil er arbeitsmäßig überlastet oder nicht ausreichend vorbereitet ist - , ist eine Rücknahme zulässig, selbst wenn der Verteidiger widerspricht. Dies gilt auch dann, wenn der Beschuldigte nur das Gefühl hat, der Verteidiger unterstütze ihn nicht richtig. Denn darunter leidet zwangsläufig das für eine Verteidigung unerlässliche Vertrauensverhältnis und dies allein rechtfertigt die Rücknahme der Bestellung.

3) Wünschen aber weder der Beschuldigte noch der Pflichtverteidiger eine Neuregelung der Verteidigung, besteht beim Fortbestehen der Notwendigkeit der Verteidigung in der Regel kein Anlaß zur Rücknahme der Bestellung. Die Bestellung erfolgt - von Ausnahmen abgesehen - immer für das ganze Verfahren. Ohne einen wichtigen Grund kann die Bestellung daher nicht zurückgenommen werden[4], da dadurch dem Beschuldigten sein bereits eingearbeiteter Verteidiger entzogen wird. Selbst wenn das Gericht daher mit der Führung der Verteidigung durch den Pflichtverteidiger nicht einverstanden ist, weil dieser sich beispielsweise ungebührlich benimmt oder eine nach der Auffassung des Gerichts falsche Richtung bei der Verteidigung einschlägt, ist eine Rücknahme der Bestellung nicht zulässig. Insoweit hat der Vorsitzende dem Pflichtverteidiger gegenüber nicht mehr Rechte als gegenüber einem Wahlverteidiger und kann seine Befugnis, die Bestellung zurücknehmen zu können, nicht dazu mißbrauchen, einen ihm unbequemen Verteidiger auszuschalten.

Etwas anderes gilt natürlich, wenn der Vorsitzende wichtige Gründe für eine Rücknahme der Bestellung hat. Hält er etwa den Pflichtverteidiger nicht für geeignet, die Verteidigung ordnungsgemäß zu führen, weil in dem Verfahren Spezialkenntnisse erforderlich sind, über die der Pflichtverteidiger nicht verfügt, oder zeigt sich der Verteidiger infolge mangelnder

4) KMR 2c zu 140, LR I 4d zu 141

Erfahrung der Verteidigung nicht gewachsen, kann er die Bestellung trotz des Widerspruchs des Beschuldigten und des Pflichtverteidigers zurücknehmen. Denn er ist verpflichtet, für eine ordnungsgemäße Verteidigung Sorge zu tragen und dazu gehört, daß der Verteidiger die benötigten Kenntnisse und ausreichende Erfahrung besitzt. Um allerdings den Eindruck zu vermeiden, der bisherige Verteidiger solle ausgeschlossen werden, wird in der Regel vorzuziehen sein, die Bestellung aufrecht zu erhalten und einen zusätzlichen Pflichtverteidiger beizuordnen.

IV. Die Rücknahme wegen fehlender Notwendigkeit der Verteidigung

Zurückgenommen werden muß die Bestellung stets, wenn die Notwendigkeit der Verteidigung bei der Bestellung zu Unrecht bejaht worden war oder wenn sie im weiteren Verlauf des Verfahrens entfallen ist[1]. Zulässig ist die Verteidigerbestellung bzw. deren Aufrechterhaltung nur, wenn und solange die Verteidigung notwendig ist. Die Rücknahme darf jedoch nur erfolgen, wenn mit Sicherheit feststeht, daß die Notwendigkeit der Verteidigung nicht bestand oder entfallen ist.

So ist etwa eine Rücknahme nicht zulässig, wenn der Vorsitzende in einem Fall der notwendigen Verteidigung nach § 140 I Nr. 2 die Verurteilung des Angeklagten wegen eines Verbrechens nicht mehr erwartet, oder auch nicht, wenn er in einem Fall der notwendigen Verteidigung nach § 140 I Nr. 3 eine Untersagung der Berufsausübung nicht mehr für wahrscheinlich hält. Notwendig bleibt die Verteidigung in diesen Fällen immer bis zur Rechtskraft des Urteils, da bis dahin immer noch möglich ist, daß eine Verurteilung wegen eines Verbrechens erfolgt bzw. die Berufsausübung untersagt wird. Endgültig entschieden werden diese Fragen erst mit der Rechtskraft des Urteils.

Zulässig und geboten ist z.B. dagegen die Rücknahme der Bestellung, wenn die Staatsanwaltschaft Anklage zum Landgericht erhoben hatte, dieses aber das Verfahren vor dem Schöffengericht eröffnet und die Notwendigkeit der Verteidigung allein auf § 140 I Nr. 1 beruhte[2], oder wenn der Angeklagte, der zunächst länger als drei Monate in Untersuchungshaft war und vor der Hauptverhandlung nicht entlassen worden war, er dann in der Hauptverhandlung entlassen und diese dann länger als zwei Wochen ausgesetzt wird. In diesen Fällen ist die Notwendigkeit der Verteidigung entfallen und daher muß die Bestellung zurückgenommen werden. Zu prüfen ist allerdings stets, ob die Verteidigung nicht aus einem anderen Grund notwendig ist und deswegen die Aufrechterhaltung der Bestellung geboten ist.

---

1) LR I 4c zu 141
2) RG 21, 266

V. Art und Zeit der Rücknahme

1) Die Rücknahme der Bestellung hat stets durch ausdrückliche, dem Beschuldigten bekanntzumachende Erklärung des Vorsitzenden[1] zu erfolgen und darf nicht zu einer Beeinträchtigung der Verteidigung führen oder auch nur den Eindruck hervorrufen, die Verteidigung werde unzulässig beschränkt[2].

Selbst das Auswechseln des Pflichtverteidigers darf den Beschuldigten nicht überraschen. Auf Grund der Bestellung kann der Beschuldigte sich nicht nur darauf verlassen, daß er überhaupt durch einen Verteidiger verteidigt wird, sondern kann darüberhinaus auch darauf vertrauen, daß ihm ein bestimmter Verteidiger zur Seite steht. Hält er diesen Verteidiger für geeignet, besteht für ihn kein Anlaß, selbst einen anderen Verteidiger zu wählen oder zu versuchen, die Bestellung eines anderen Verteidigers zu erreichen. Wird ihm nun aber plötzlich anstelle des bisherigen ein anderer Pflichtverteidiger beigeordnet, mit dem er nicht einverstanden ist, muß ihm Gelegenheit geboten werden, seine Einwände gegen den neu bestellten Verteidiger vorzubringen. Denn, wenn der Beschuldigte auch keinen Anspruch auf einen bestimmten Pflichtverteidiger hat, sind doch seine Wünsche und Vorstellungen bei der Auswahl des Pflichtverteidigers zu beachten, zumal sie im Einzelfall dazu führen können, daß eine bestimmte Person nicht als sein Pflichtverteidiger auftreten darf[3]. Will der Vorsitzende daher den Pflichtverteidiger auswechseln, sollte er immer vorher den Beschuldigten anhören. Tut er dies nicht, muß er ihm zumindest vor der Fortsetzung des Verfahrens Gelegenheit geben, zu der Neubestellung Stellung zu nehmen.[4]

2) Daß eine ausdrückliche Zurücknahme insbesondere dann geboten ist, wenn die Notwendigkeit der Verteidigung entfallen ist und die Rücknahme daher nicht mit einer Neubestellung verbunden wird, wurde bereits dargelegt[5]. Bei der Rücknahme ist aber auch hier stets das Verteidigungsinteresse des Beschuldigten zu beachten mit der Folge, daß die Bestellung ebenfalls nicht überraschend zurückgenommen werden darf. Nach dem Fortfall der Notwendigkeit hat der Beschuldigte zwar keinen Anspruch mehr auf die Aufrechterhaltung der Bestellung. Von einem Augenblick zum anderen darf ihm die Unterstützung des Verteidigers aber nur dann entzogen werden, wenn er vorher damit rechnen konnte. Sonst könnte die Rücknahme der Bestellung dazu führen, daß der Beschuldigte entgegen seinem eigentlichen Willen ohne den Beistand eines Verteidigers bliebe. Solange die Bestellung wirksam ist, kann der Beschuldigte davon ausgehen, daß er verteidigt wird. Er braucht nicht selbst einen Verteidiger hinzuzuziehen, wenn er nicht gerade auf die Mitwirkung

1) bis 5) siehe Seite 166, unten

eines bestimmten Verteidigers Wert legt. Vor der Rücknahme der Bestellung sollte der Vorsitzende daher den Beschuldigten darauf hinweisen, daß die Verteidigung nicht mehr notwendig sei und demnach die Bestellung zurückgenommen werde. Denn dadurch erhält der Beschuldigte Gelegenheit, selbst einen Verteidiger zu wählen, wenn er auf die Mitwirkung eines solchen nicht verzichten will. Weist der Vorsitzende aber nicht auf die bevorstehende Rücknahme hin, nimmt er vielmehr die Bestellung sofort zurück, nachdem die Notwendigkeit entfallen ist, muß er dem Beschuldigten - notfalls durch eine Aussetzung oder Unterbrechung der Hauptverhandlung[6] - Gelegenheit geben, einen Verteidiger zu beauftragen.Denn erst die Rücknahme der Bestellung gibt dem Beschuldigten einen Anlaß zu der Überlegung, ob er einen Verteidiger wählen oder sich selbst verteidigen soll. Sowohl zu dieser Überlegung als auch zur Wahl eines Verteidigers muß er Gelegenheit bekommen, da er sonst in seiner Verteidigung beeinträchtigt wäre.[7] Denn sein Recht auf Wahl eines Verteidigers gebietet, ihm die tatsächliche Möglichkeit und damit genügend Zeit zur Entscheidung und zur Hinzuziehung eines Verteidigers zu geben.

3) Aber selbst dann, wenn die Bestellung zurückzunehmen ist, weil der Beschuldigte einen Verteidiger gewählt hat, hat der Vorsitzende die Interessen der Verteidigung zu wahren und darf die Bestellung nicht in einem ungeeigneten Zeitpunkt zurücknehmen[8]. Grundsätzlich kann eine zulässige und gebotene Rücknahme zwar jederzeit erfolgen, und zwar auch dann noch, wenn sie zunächst übersehen oder auch absichtlich unterlassen wurde. Der Vorsitzende hat aber in jedem Fall den Zeitpunkt der Rücknahme so zu wählen, daß der Beschuldigte dadurch in seiner Verteidigung nicht beeinträchtigt wird. Zurückzunehmen ist eine Verteidigerbestellung wegen der Wahl eines Verteidigers, um den Beschuldigten von einem ihm nicht erwünschten oder ihm nicht ausreichend befähigt erscheinenden Verteidiger zu befreien und so sein Recht auf freie Verteidigerwahl uneingeschränkt zur Geltung zu bringen. Daraus ergibt sich von selbst, daß auch eine gebotene Rücknahme nicht zu einer Beeinträchtigung der Verteidigung führen darf.

---

1) RG 48, 386 (387); 67, 310 (313)
2) LK II 5 zu 143
3) vgl. unten § 24
4) LR III 2c zu 141
5) vgl. oben § 19 II 3
6) RG 67, 310 (313/4)
7) LR III 2c zu 141, RG HRR 1942, 256
8) LK II 5 zu 143, LR III 2a cc zu 141, KMR 4 zu 142, BGH 3, 327

Diese Gefahr wäre aber gegeben, wenn die Bestellung plötzlich während einer wesentlichen Prozeßhandlung des Pflichtverteidigers - beispielsweise während der Vernehmung eines wichtigen Zeugen, der Stellung eines Beweisantrags, der Abgabe einer Erklärung, des Schlußvortrags oder dergleichen - zurückgenommen würde. Denn die Rücknahme zu diesem Zeitpunkt würde es dem Pflichtverteidiger unmöglich machen, die Prozeßhandlung ordnungsgemäß zu beenden. Durch eine derart ungeeignete Unterbrechung aber könnte Unsicherheit und Verwirrung bei den Prozeßbeteiligten einschließlich der Mitglieder des Gerichts hervorgerufen werden, die sich dann zum Nachteil des Beschuldigten auswirken könnten. Auch eine an sich zulässige und gebotene Rücknahme darf daher nur in einem Zeitpunkt erfolgen, in dem eine Beeinträchtigung der Verteidigung des Beschuldigten nicht möglich ist.

§ 22 5. Abschnitt: Die Pflichtverteidigung in der Revisionsverhandlung

I. Der Meinungsstand bis zum Erlaß des StPÄG

Einer der umstrittensten Punkte im Rahmen der notwendigen Verteidigung war seit jeher in Lehre und Rechtsprechung, ob und inwieweit die Verteidigung während der Revisionsverhandlung notwendig sei, und, im Zusammenhang damit, ob und inwieweit ein in den Tatsacheninstanzen bestellter Pflichtverteidiger zum Auftreten vor dem Revisionsgericht berechtigt sei[1]. Die vor allem in der Rechtsprechung herrschende Meinung verneinte die Notwendigkeit der Verteidigung und dementsprechend die Wirksamkeit einer in den Vorinstanzen erfolgten Bestellung während der Revisionsverhandlung grundsätzlich.[2] Sie gestand lediglich dem Vorsitzenden des Revisionsgerichts das Recht zu, dem Angeklagten in besonderen Ausnahmefällen auch für die Revisionsverhandlung einen Pflichtverteidiger nach § 140 II zu bestellen oder einem bereits in den Tatsacheninstanzen bestellten Verteidiger die Teilnahme an der Verhandlung zu gestatten[3]. Dahingehende Anträge wurden allerdings in der Praxis der Revisionsgerichte nahezu ausnahmslos abgelehnt[4] mit der in der Regel übereinstimmenden Begründung, während der Revisionsverhandlung sei die Verteidigung nicht notwendig, das Gesetz verlange in der Revisionsverhandlung weder die Anwesenheit des Angeklagten

---

1) Die Notwendigkeit der Verteidigung auch in der Revisionsverhandlung bejahten in früherer Zeit: von Holtzendorff I S. 397, von Kries S. 236 ff, zu Dohna S. 66, Gerland S. 143, Löwenstein JW 28, 1944 (nur bei einem tauben oder stummen Angeklagten) Mamroth JW 27, 393, OLG Karlsruhe Recht 1926, 1860; a. A.: Glaser S. 231, Ullmann S. 247, Keller 11 zu 140, Beling S. 147, Köhler GS 53, 188 ff., Kreitmair S. 39 f., Jonas JW 25, 927, Bay. ObLG JW 28, 1944, KG JW 35, 3124; unentschieden: RG JW 27, 393

2) Henkel S. 208, Gage-Sarstedt S. 17, LK II 11 und 12 zu 140, LR I 3b zu 141, 2 zu 350, Dalcke 2 zu 140, KMR 1b zu 140, 2 zu 350, Kohlhaas NJW 51, 179, Seibert DRiZ 56, 172, Greifenhagen GA 64, 238, BVerfG NJW 65, 147, BGH 19, 258; RPfl 64, 262; LM Nr. 4 zu 141 StPO mit zust. Anm. Pelchen, OLG Hamm SJZ 50, 218, Bay ObLG NJW 52, 716; 53, 194, OLG Celle Nds. Rpfl. 1950, 184, OLG Braunschweig NJW 50, 79, KG JR 51, 217, LG Aachen NJW 49, 915

3) LK II 12 zu 140, LR 2 zu 350, KMR 2 zu 350, Schwarz StPO 3 zu 350, RG 28, 430, OLG f. Hessen (Str. Sen. Frankfurt) JR 50, 571, OLG Celle Nds. Rpfl. 50, 184, OLG Hamburg MDR 51, 183, BGH 19, 258

4) Gage-Sarstedt S. 287, Kohlhaas NJW 51, 179

noch seine Vertretung durch einen Verteidiger und es seien auch sonst keine Gründe ersichtlich, die die Bestellung eines Pflichtverteidigers erforderten[5].

Demgegenüber vertrat ein Teil der Lehre[6] und auch vereinzelt die Rechtsprechung[7] die Ansicht, die Verteidigung sei, da das Gesetz keine Regelung der Dauer der Notwendigkeit enthalte, während des gesamten Verfahrens und damit auch während der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht notwendig. Dementsprechend sei zumindest der in den Tatsacheninstanzen ohne jede Beschränkung bestellte Pflichtverteidiger zur Teilnahme an der Revisionsverhandlung ermächtigt. Allerdings stehe es in seinem pflichtgemäßen Ermessen, ob er in der Hauptverhandlung im Revisionsverfahren auftrete oder nicht.

Durch das StPÄG wurde nun dem § 350 ein 3. Absatz angefügt. Danach muß dem Angeklagten unter bestimmten Voraussetzungen auch für die Revisionsverhandlung ein Pflichtverteidiger bestellt werden. Damit scheint die früher herrschende Meinung bestätigt und der Meinungsstreit beendet zu sein. Bevor darauf jedoch eingegangen wird, soll erst die Regelung des § 350 III dargestellt werden.

---

5) so etwa Bescheid des BGH, zitiert bei Arndt NJW 65, 147; s. a. Dahs jr. S. 117 Anm. 3

6) Peters S. 186, Dahs NJW 56, 436, von Stackelberg DRiZ 59, 311, Seydel NJW 64, 1035, Arndt NJW 65, 147, Dahs jr. S. 117 ff.

7) OLG Hamburg MDR 51, 183 und NJW 64, 418

II. Die Regelung des § 350 Abs. III StPO

1) In § 350 III wird dem Vorsitzenden des Revisionsgerichts die Verpflichtung auferlegt, dem Angeklagten unter bestimmten Voraussetzungen für die Revisionsverhandlung einen Pflichtverteidiger beizuordnen. Es liegt hierbei ein echter Fall der notwendigen Verteidigung vor, wenn die Bestellung auch erst auf Antrag des Angeklagten zu erfolgen hat. Das Antragserfordernis ist lediglich eine Voraussetzung der Notwendigkeit wie jede andere. Ist der Antrag einmal gestellt, ist die Mitwirkung eines Verteidigers ebenso erforderlich wie in allen anderen Fällen der notwendigen Verteidigung[1].

2) Voraussetzung für die Beiordnung eines Pflichtverteidigers ist einmal, daß der Angeklagte, der keinen Verteidiger gewählt hat, nicht auf freiem Fuße ist und nicht zur Hauptverhandlung vorgeführt wird[2]. Art und Dauer der Freiheitsentziehung sind ohne Bedeutung. Dies ergibt sich einmal aus der allgemeinen Formulierung des § 350 III. Zum anderen ist es daraus zu entnehmen, daß hinsichtlich der Verpflichtung zur Verteidigerbestellung darauf abgestellt wird, ob der Angeklagte selbst die Möglichkeit hat, in der Hauptverhandlung zu erscheinen. Jedem Angeklagten, der auf Grund staatlichen Zwangs nicht in Freiheit ist, kann demnach ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden[3], vorausgesetzt, daß auch die übrigen Voraussetzungen vorliegen.

Weiter ist gleichgültig, ob der Angeklagte schon in der bzw. den Tatsacheninstanzen einen Verteidiger gehabt hat und ob es sich gegebenenfalls um einen Wahl- oder Pflichtverteidiger gehandelt hat. Verfehlt ist insoweit die Ansicht von Sommer[4], nach dem Sinn des § 350 III stehe ein Antragsrecht dem nicht auf freiem Fuß befindlichen Angeklagten nicht zu, dem bereits in der Vorinstanz ein Pflichtverteidiger bestellt worden sei, auch wenn dieser wegen weiter Entfernungen zum Termin vor dem Revisionsgericht nicht kommen werde. Gegen diese Auffassung spricht einmal eindeutig der Wortlaut des § 350 III: Ein Verteidiger ist nicht dem unverteidigten Angeklagten beizuordnen, sondern dem, "der keinen Verteidiger gewählt hat". Die Auffassung Sommers ist aber vor allem auch mit dem Sinn des § 350 III in keiner Weise zu vereinbaren. Durch diese Regelung will der Gesetzgeber sicherstellen, daß

1) vgl. oben § 1 (3)
2) KMR 3 zu 350, Schwarz StPO 4 zu 350
3) Schwarz 4 zu 350
4) Leitfaden, Sommer S. 75

auch der Angeklagte, der nicht zur Hauptverhandlung vorgeführt wird, und sich selbst keinen Verteidiger wählen kann, in der Revisionsverhandlung nicht unverteidigt ist. Dies geht eindeutig aus der Berufung auf Art. 6 III c MRK in der Begründung des Rechtsausschusses hervor[5]. Diese Verteidigungsmöglichkeit aber würde dem Angeklagten genommen, wenn man der Meinung von Sommer folgen wollte. Denn dann wäre der Angeklagte in der Hauptverhandlung weder durch seinen früheren Pflichtverteidiger vertreten, da dieser ja nicht erscheint und überdies hierzu nach der herrschenden Meinung auch garnicht berechtigt wäre[6], noch könnte ihm ein neuer Pflichtverteidiger bestellt werden. Entgegen der Ansicht von Sommer kann daher dem Angeklagten auch dann einPflichtverteidiger beigeordnet werden, wenn ihm ein solcher bereits in der Vorinstanz bestellt worden war[7].

3) Bestellt wird dem Angeklagten ein Pflichtverteidiger weiter nur auf seinen Antrag[8]. Eine Bestellung von Amts wegen ist nach § 350 III nicht zulässig. Das Antragsrecht ist befristet und kann nur innerhalb einer Woche, nachdem dem Angeklagten unter Hinweis auf sein Recht der Termin der Revisionsverhandlung mitgeteilt worden ist, gestellt werden. Der Antrag muß dabei nicht nur innerhalb der Frist gestellt, sondern bei Gericht eingegangen sein[9]. Ist er einmal wirksam gestellt, gilt er für das ganze Verfahren, sofern er nicht ausdrücklich unter Verzicht auf eine künftige Verteidigerbestellung zurückgenommen wird[10]. Wiederholt werden kann der Antrag, falls er zurückgenommen worden ist, ohne weiteres, allerdings nur innerhalb der Wochenfrist.

5) BT-Drucksache zu Drucksache IV/1020 S. 6 (Bericht des Rechtsausschusses), vgl. auch Protokolle des Rechtsausschusses Nr. 39 S. 10 ff.; Nr. 41 S. 23 ff.

6) vgl. oben I

7) So wohl auch KMR 3 zu 350; wie hier Schmidt-Leichner NJW 65, 1309 (1312); ebenso auch BGH, vgl. insoweit die von Seibert NJW 65, 1469 angeführten Beispiele, nach denen der BGH dem Angeklagten einen Pflichtverteidiger für die Revisionsverhandlung auch dann bestellt, wenn bereits in der Vorinstanz ein Verteidiger beigeordnet war.

8) Die folgenden Ausführungen stützen sich auf die Lehre und Rechtsprechung hinsichtlich des befristeten Antragsrechts nach § 140 I Nr. 2 und 5 III a.F. entwickelten Grundsätze. Eine Übertragung dieser Grundsätze ist zulässig und geboten, da die Regelung des § 350 III hinsichtlich des Antragsrechts, der Belehrung und der Befristung im wesentlichen dieser früher geltenden Regelung entspricht.

9) LR III 3a zu 140, RG 58, 102

10) LR III 3b zu 140

in Gang gesetzt wird die Frist des § 350 III durch die Belehrung. Sie ist Sache des Vorsitzenden und kann nicht durch einen Hinweis eines früheren Verteidigers oder eines Richters aus den Vorinstanzen ersetzt werden[11]. Der Angeklagte muß so zweifelsfrei auf sein Recht hingewiesen sein, daß er selbst ohne weiteres erkennen kann, die Beiordnung eines Pflichtverteidigers sei nur noch von seinem fristgemäßem Antrag abhängig[12]. Er muß der Belehrung weiter zweifelsfrei entnehmen können, daß der Antrag nicht nur innerhalb der Frist gestellt, sondern auch bei Gericht eingehen muß[13]. Ist die Belehrung nicht in dieser Weise eindeutig und unmißverständlich, beginnt die Frist nicht zu laufen.

Ebenso wird die Frist nicht in Gang gesetzt, wenn der Angeklagte zur Zeit der Belehrung einen Wahlverteidiger hat. Sein Antragsrecht kann der Angeklagte dann nämlich garnicht ausüben, da die Bestellung erst möglich ist, wenn der Wahlverteidiger weggefallen ist[14]. Die Frist beginnt in diesem Falle erst zu laufen, wenn der Wahlverteidiger sein Amt niederlegt bzw. genauer, wenn der Angeklagte hiervon Kenntnis erhält[15]. Wählt der Angeklagte allerdings innerhalb der Wochenfrist dann erneut einen Verteidiger, ruht die Frist wiederum. Sie wird dann erst in Gang gesetzt, wenn der Wahlverteidiger erneut wegfällt, sofern der Angeklagte nicht auch dann wieder einen Verteidiger wählt[16]. Ähnlich läuft die Frist auch dann nicht, wenn der Angeklagte zwar zur Zeit der Belehrung keinen Wahlverteidiger hatte, einen solchen aber während der Frist mit seiner Verteidigung betraut. Fällt dieser neu gewählte Verteidiger dann weg, beginnt die Frist von neuem[17]. Auch wenn der Angeklagte einen Antrag fristgemäß gestellt hat, dann aber doch vor der Bestellung eines Pflichtverteidigers einen Wahlverteidiger beauftragt hat, kann er nach dessen Wegfall erneut die Bestellung eines Verteidigers beantragen[18]. Liegt einer der vorgenannten Fälle aber nicht vor und stellt der Angeklagte dann innerhalb

11) LR III 2a zu 140, BGH 7, 381 (383)

12) LK II 33 zu 140, LR III 2a zu 140, Seibert DRiZ 56, 152, BGH 1, 302 (303); 3, 78 (79, 81); NJW 51, 205; 54, 1087/8; LM Nr. 12 zu 140 StPO mit zust. Anm. Martin; LM Nr. 25 zu 140 StPO

13) BGH LM Nr. 20 zu 140 StPO

14) LR III 2c bb zu 140

15) LK II 8 zu 140, RG 67, 3 (8, 9); 73, 48 (52)

16) LR III 2c bb zu 140, BGH NJW 56, 1766

17) BGH LM Nr. 19 zu § 140 mit zust. Anm. Kohlhaas

18) LK II 10 zu 140, BGH 3, 78 (80)

einer Woche keinen Antrag auf Verteidigerbestellung, sei es aus Gleichgültigkeit, sei es wegen einer demnächst beabsichtigten Verteidigerwahl, verliert er seinen Anspruch auf Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 350 III endgültig, auch wenn er nach dem Ablauf der Frist einen Wahlverteidiger heranzieht und dieser dann wegfällt.[19] Denn der Vorsitzende ist nicht berechtigt, die Frist des § 350 III zu verlängern. Allerdings kann dem Angeklagten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden[20]. Geschieht dies aber nicht, kann ein Verteidiger nach § 350 III auch trotz eines Antrags nicht mehr bestellt werden. In Betracht kommt dann lediglich noch eine Beiordnung nach § 140 II, die aber unter anderen Voraussetzungen erfolgt[21].

Der Antrag kann jedoch nicht nur innerhalb der Wochenfrist gestellt werden, sondern bereits vor der Mitteilung des Termins[22]. Denn es ist immer anzunehmen, daß der Angeklagte den einmal gestellten Antrag, sofern er ihn nicht ausdrücklich zurückzieht, immer aufrecht erhalten wird[23]. Als unzulässig ist ein derartiger Auftrag lediglich dann anzusehen, wenn zur Zeit seines Eingangs bei dem Revisionsgericht noch garnicht feststeht, ob überhaupt eine Hauptverhandlung stattfinden wird oder ob die Revision nicht bereits nach § 349 II, III verworfen wird[24]. Auch über einen derartigen unzulässigen Antrag hat der Vorsitzende jedoch zu entscheiden und dem Angeklagten die Ablehnung mitzuteilen. Denn der Angeklagte muß wissen, ob ihm ein Verteidiger bestellt wird. Sofern es dann zu einer Hauptverhandlung und damit zu einer Belehrung des Angeklagten über sein Antragsrecht kommt, ist zu verlangen, daß der Vorsitzende in der Belehrung deutlich darauf hinweist, die bereits erfolgte Ablehnung stehe einem erneuten Antrag nicht entgegen und diesem Antrag werde stattgegeben werden. Denn sonst besteht die Gefahr, daß der Angeklagte die Belehrung nicht versteht und einen erneuten Antrag in Anbetracht der bereits erfolgten Ablehnung des früheren Antrags für sinnlos hält.[25] Wiederholt der Angeklagte aber nach einer derartigen Belehrung seinen Antrag nicht, kann er die Bestellung eines Pflichtverteidigers nicht beanspruchen.

---

19) LK II 6a und 9 zu 140, LR III 3c cc zu 140, RG 70, 265, BGH 6, 14 (16); 7, 381 (382); LM Nr. 7 zu § 140 StPO

20) RG 67, 3 (6)

21) LR III 3c cc zu 140, BGH NJW 53, 595

22) LK II 35 zu 140

23) RG 73, 48 (50); JW 37, 630; HRR 1940, 55

24) Seibert NJW 65, 1469

25) BGH 7, 381 (382); ähnlich auch BGH 3, 81

Hatte der nicht auf freiem Fuß befindliche Angeklagte zur Zeit der Terminmitteilung einen Wahlverteidiger und war er deshalb garnicht auf sein Recht hingewiesen worden, fällt der Wahlverteidiger dann aber noch vor der Hauptverhandlung weg, ist die Belehrung unverzüglich nachzuholen. Stellt sich erst in der Hauptverhandlung heraus, daß der Wahlverteidiger weggefallen ist, oder legt dieser in ihr seine Verteidigung nieder, ist in aller Regel die Hauptverhandlung auszusetzen. Aus dem Fernbleiben des Wahlverteidigers in der Revisionsverhandlung kann allerdings noch nicht geschlossen werden, daß er weggefallen ist. Nach § 350 I 1 ist es dem Angeklagten freigestellt, ob er der Hauptverhandlung fernbleibt, ob er allein oder mit dem Beistand eines Verteidigers erscheint oder ob er sich durch einen solchen vertreten läßt. Aus dem Ausbleiben des Wahlverteidigers kann daher regelmäßig nur geschlossen werden, daß der Angeklagte bzw. der Verteidiger seine Anwesenheit nicht für erforderlich hält. Das Gericht kann daher grundsätzlich beim Fernbleiben des Verteidigers verhandeln, selbst wenn dieser sein Erscheinen in der Hauptverhandlung ausdrücklich angekündigt hatte. Teilt der Verteidiger dem Gericht mit, daß er sein Amt niedergelegt oder daß der Angeklagte ihn entlassen hat oder erfährt das Gericht auf andere Weise zuverlässig, daß der Verteidiger weggefallen ist, darf die Hauptverhandlung nicht ohne weiteres durchgeführt werden, sondern muß in der Regel ausgesetzt werden. Die Anwesenheit eines Wahlverteidigers während der Revisionsverhandlung ist zwar nicht grundsätzlich erforderlich und auch ein Fall der notwendigen Verteidigung ist nicht gegeben, da erst ein entsprechender Antrag die Notwendigkeit begründet.[26] Das Gericht kann daher scheinbar ohne die Mitwirkung eines Verteidigers verhandeln. Der Angeklagte hat jedoch das Recht, sich auch in der Revisionsverhandlung eines Wahlverteidigers zu bedienen, oder, sofern er von diesem Wahlrecht keinen Gebrauch machen will, die Beiordnung eines Pflichtverteidigers nach § 350 III zu beantragen. Fällt daher der bisherige Wahlverteidiger weg, ist dem Angeklagten Gelegenheit zu geben, sich einen Verteidiger zu wählen oder die Bestellung eines solchen zu beantragen. Da der Angeklagte selbst nicht in der Revisionsverhandlung anwesend ist, verbleibt lediglich die Möglichkeit, die Hauptverhandlung auszusetzen, ihm den Wegfall seines Wahlverteidigers mitzuteilen und ihn gleichzeitig über sein Recht auf Bestellung eines Pflichtverteidigers zu belehren. Anders ist die Lage allerdings, wenn der Angeklagte bereits einmal während des Revisionsverfahrens die Bestellung eines Pflichtverteidigers wirksam beantragt hatte und dieser Antrag auch nicht ausdrücklich

26) LR 2b zu 145, RG 65, 247

zurückgezogen worden war, mag es dann auch wegen der Wahl eines Verteidigers nicht zur Beiordnung eines Pflichtverteidigers gekommen sein oder eine bereits erfolgte Verteidigerbestellung zurückgenommen worden sein. Denn dann liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor, da ein einmal wirksamer Antrag die Notwendigkeit der Verteidigung für das ganze Revisionsverfahren begründet. Ohne daß es der Aussetzung der Hauptverhandlung bedarf, kann dem Angeklagten dann gem. § 145 I 1 beim Wegfall seines Wahlverteidigers sofort ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden[27]. Zu beachten ist dabei, daß wohl kaum ein Anwalt in der Lage ist, eine Verteidigung in einer Revisionsverhandlung ordnungsgemäß zu führen, wenn er nicht längere Zeit zur Vorbereitung hat. Falls nicht der bisherige Wahlverteidiger zum Pflichtverteidiger bestellt werden kann, ist daher auch in diesem Fall eine Aussetzung der Hauptverhandlung in der Regel nicht zu vermeiden. Sie wird meist auch deshalb vorzuziehen sein, weil dem Angeklagten dadurch die Möglichkeit gegeben wird, selbst einen Anwalt seines Vertrauens zu wählen.

4) Ist ein Pflichtverteidiger für die Revisionsverhandlung bestellt worden, muß er in ihr erscheinen und die Verteidigung führen. Eine ausdrückliche Regelung enthält § 350 III insoweit zwar nicht und man könnte daher der Meinung sein, ein Anwesenheitszwang bestände wie bei dem Wahlverteidiger auch für den Pflichtverteidiger nicht. Bei § 350 III handelt es sich jedoch um einen Fall der notwendigen Verteidigung. Daraus ergibt sich die Verpflichtung des Verteidigers zur Anwesenheit. Eine andere Auffassung würde dem Sinn des § 350 III widersprechen. Durch diese Bestimmung soll gewährleistet werden, daß sich der nicht auf freiem Fuß befindliche Angeklagte auch dann, wenn er selbst nicht anwesend und keinen Verteidiger hinzuziehen kann, in der Hauptverhandlung durch einen Verteidiger vertreten lassen kann. Würde man nun einen nach § 350 III bestellten Verteidiger nicht als verpflichtet ansehen, die Verteidigung in der Verhandlung zu führen, bliebe der Angeklagte entgegen dem Sinn der Vorschrift unverteidigt.

Zudem wäre die Bestellung eines Verteidigers für die Revisionsverhandlung sinnlos, wenn er der Verhandlung fernbleiben dürfte. Revisionseinlegung und Begründung sowie etwaige Gegenerklärungen liegen zur Zeit der Bestellung bereits vor. Denn eine Hauptverhandlung wird erst dann anberaumt, wenn feststeht, daß über die Revision nicht durch Beschluß entschieden wird und erst

---

27) Zur Anwendbarkeit des § 145 bei einer Bestellung nach § 350 III siehe sogleich 4)

nach diesem Zeitpunkt kommt es zur Bestellung eines Pflichtverteidigers. Das einzige Betätigungsfeld, das dem Pflichtverteidiger dann aber noch verbleibt, ist im wesentlichen die Revisionsverhandlung. Die Verteidigerbestellung kann daher nur den Sinn haben, daß der Angeklagte in der Hauptverhandlung durch den Pflichtverteidiger vertreten wird. § 145 ist daher auch dann anwendbar, wenn eine Verteidigerbestellung nach § 350 III erfolgt ist. Dementsprechend muß der Pflichtverteidiger in der Verhandlung anwesend sein und die Verteidigung führen[28]. Darüberhinaus ist § 145 auch dann anzuwenden, wenn ein wirksamer Antrag auf Verteidigerbestellung gestellt worden ist, der Angeklagte dann aber einen Wahlverteidiger herangezogen hat. Denn mit der Antragstellung wird die Verteidigung für die Revisionsverhandlung notwendig, vorausgesetzt natürlich, daß die übrigen Voraussetzungen des § 350 III vorliegen. Auch ein Wahlverteidiger muß also, wenn die Verteidigung nach § 350 III notwendig ist, an der Hauptverhandlung mitwirken.

28) Seibert NJW 65, 1469 (1470)

III. Die Pflichtverteidigung in der Revisionsverhandlung im übrigen

1) Im Hinblick auf die Regelung des § 350 III stellt sich nun die Frage, ob der frühere Meinungsstreit dahin entschieden ist, daß die Verteidigung über die Fälle des § 350 III hinaus in der Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht nicht notwendig ist.

Durch den Erlaß des § 350 III hat der Gesetzgeber eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß die in den Tatsacheninstanzen bestehende Notwendigkeit der Verteidigung sich niemals auf die Revisionsverhandlung erstreckt und daß dementsprechend eine in den Vorinstanzen erfolgte Verteidigerbestellung insoweit nicht wirksam ist. Denn notwendig ist die Verteidigung nach dieser Bestimmung während der Revisionsverhandlung nur unter den ausdrücklich festgesetzten Voraussetzungen und ohne Rücksicht darauf, ob die Verteidigung in den Tatsacheninstanzen notwendig oder freiwillig war. Der Standpunkt der bis zum Erlaß des StPÄG herrschenden Meinung, die Mitwirkung eines Verteidigers in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht sei nur in Ausnahmefällen erforderlich, scheint damit bestätigt zu sein[1].

Es kann jedoch nicht davon die Rede sein, daß die frühere Streitfrage durch die Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten der früher herrschenden Meinung entschieden ist.[2] Die von dem Gesetzgeber getroffene Entscheidung, daß die in den Tatsacheninstanzen bestehende Notwendigkeit sich nicht auf die Revisionsverhandlung erstreckt, ist zwar als verbindlich anzusehen. Dies bedeutet aber keineswegs, daß die Mitwirkung eines Verteidigers in der Revisionsverhandlung nur in den Fällen des § 350 III geboten ist und daß dem Angeklagten nicht doch auch in anderen Fällen ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist. Denn die Regelung des § 350 III ist nicht abschließend.

2) Auf Grund des Zustimmungsgesetzes vom 7.8.1952[3] gilt für das deutsche Strafverfahren die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950. Nach Art. 6 III c MRK hat jeder Angeklagte das Recht, "sich selbst zu verteidigen oder den Beistand eines Verteidigers seiner Wahl zu erhalten und, falls er nicht über die Mittel zur Bezahlung eines Verteidigers verfügt, unentgeltlich den Beistand eines Pflichtverteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist". Auf diese Vorschrift

1) So Seibert NJW 65, 1469 und Kleinknecht JZ 65, 161

2) so auch Peters S. 186

3) BGBl II 685, 953

hat sich der Gesetzgeber selbst zur Begründung des § 350 III berufen[4], wenn auch nicht gerade in einer besonders glücklichen Form[5].

Es ist dennoch zweifelhaft, ob die Regelung des § 350 III mit dieser Vorschrift der Menschenrechtskonvention in Einklang steht. Geboten ist die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach Art. 6 III c MRK, wenn der Beschuldigte nicht über die Mittel zur Bezahlung eines Verteidigers verfügt und wenn die Beiordnung eines Pflichtverteidigers zudem im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist[6]. Diese Voraussetzungen stimmen mit denen des § 350 III nicht überein. Denn anstatt - wie aus Art. 6 III c MRK zu folgern und nach der ausdrücklichen Berufung auf diese Vorschrift auch anzunehmen wäre - die Beiordnung eines Pflichtverteidigers für die Revisionsverhandlung immer dann vorzuschreiben, wenn der Angeklagte infolge Mittellosigkeit nicht zur Beauftragung eines Wahlverteidigers imstande ist, hat der Gesetzgeber in § 350 III allein darauf abgestellt, ob der nicht auf freiem Fuß befindliche Angeklagte einen Verteidiger gewählt hat und ob er zur Verhandlung vorgeführt wird. Die finanzielle Lage des Angeklagten aber, an die Art. 6 III c MRK das Recht auf Verteidigerbestellung anknüpft, ist völlig außer Acht gelassen worden. In der Mehrzahl aller Fälle wird zwar die Unterlassung der Wahl eines Verteidigers auf die finanzielle Lage des Angeklagten zurückzuführen sein. Insofern eröffnet § 350 III tatsächlich, wie es der Gesetzgeber offenbar beabsichtigt hat, auch für den mittellosen Angeklagten die Möglichkeit, sich in der Revisionsverhandlung durch einen Verteidiger vertreten zu lassen. Denn dem mittellosen, zur Verhandlung vorgeführten oder in Freiheit befindlichen Angeklagten gibt § 350 III keinen Anspruch auf einen Pflichtverteidiger. Daß § 350 III mit Art. 6 III c MRK nicht zu vereinbaren ist, ist damit aber noch nicht erwiesen. Zwar gilt Art. 6 III c MRK für jeden mittellosen Angeklagten und nicht nur für den nicht in Freiheit befindlichen, der nicht zur Verhandlung vorgeführt wird. Voraussetzung für den Anspruch auf Verteidigerbestellung ist nach Art. 6 III c MRK aber weiter, daß die Bestellung eines Plfichtverteidigers im Interesse der Rechtspflege geboten ist. Nun erscheint

4) BT-Drucksache zu Drucksache IV/1020, Bericht des Rechtsausschusses, S. 6: "Der Ausschuß fügte diese Vorschrift (sc. § 350 III) in das Gesetz ein, um der Gefahr vorzubeugen, daß dem zur Zeit geltenden Strafverfahrensrecht nachgesagt wird, es garantiere nicht in allen Instanzen das durch Art. 6 der Menschenrechtskonvention, in Besonderheit seines Abs. III c, vorgeschriebene "fair trial"."

5) Angst vor Nachrede ist doch wohl kaum das Motiv des Rechtsausschusses gewesen ?!

6) Schorn MRK 4 zu Art. 6 III c, Wiebringhaus, Rom-Konvention B6 zu Art. 6 III (S. 86)

es durchaus möglich, daß dieses Interesse nur bei dem nicht zur Verhandlung vorgeführten mittellosen Angeklagten zu bejahen ist. Dies ist indessen nicht der Fall. Das in Art. 6 III c MRK geforderte Interesse der Rechtspflege ist stets gegeben, wenn die Mitwirkung eines Verteidigers wegen der Verteidigungsunfähigkeit des Angeklagten zur Gewinnung eines gerechten Urteils erforderlich ist. [7] Ob und inwieweit diese Voraussetzungen in der Revisionsverhandlung vorliegen, braucht nicht im einzelnen dargestellt zu werden. Denn der Gesetzgeber hat selbst anerkannt, daß dem mittellosen Angeklagten im Interesse der Rechtspflege wenigstens dann ein Pflichtverteidiger für die Revisionsverhandlung beizuordnen ist, wenn er keine Gelegenheit zur Selbstverteidigung hat. Durch die Berufung auf Art. 6 III c MRK hat er das als Voraussetzung für den Anspruch auf Verteidigerbestellung erforderliche Interesse für den Fall bejaht, daß ein mittelloser Angeklagter nicht zur Verhandlung vorgeführt wird und sich daher nicht selbst verteidigen kann. Das Interesse der Rechtspflege an der Mitwirkung eines Verteidigers ist dann aber auch stets zu bejahen, wenn ein mitteloser Angeklagter aus einem anderen Grunde als der Nichtvorführung keine Gelegenheit zur Selbstverteidigung hat und dies auf die Mittellosigkeit zurückzuführen ist. Denn entscheidend ist nicht, daß er infolge der Nichtvorführung abwesend ist, sondern daß er sich tatsächlich nicht selbst verteidigen kann. Damit wird aber deutlich, daß § 350 III den Anforderungen des Art. 6 III c MRK nicht in vollem Umfang gerecht wird, selbst wenn man davon absieht, daß es grundsätzlich rechtsstaatlich bedenklich ist, einen Angeklagten in der Hauptverhandlung, in der endgültig über sein Schicksal entschieden wird und die zudem erhöhte Anforderungen an die Rechtskenntnis aller Prozeßbeteiligten stellt, ohne den Beistand eines rechtskundigen Verteidigers zu lassen. Denn dem mittellosen Angeklagten, der aus anderen Gründen als der Nichtvorführung nicht zur Revisionsverhandlung erscheinen kann, gibt er keinen Anspruch auf einen Pflichtverteidiger, obwohl auch er keine Gelegenheit zur Selbstverteidigung hat und daher die Mitwirkung eines Verteidigers nach Art. 6 III c MRK ebenso geboten ist wie in dem Fall, in dem der mittellose Angeklagte nicht zur Verhandlung vorgeführt wird. Demgegenüber kann auch nicht eingewandt werden, daß der auf freiem Fuß befindliche mittelose Angeklagte immer in der Revisionsverhandlung erscheinen könne, sofern er es nur wolle. Denn gerade auf Grund seiner Mittellosigkeit ist er in einem Großteil aller Verfahren tatsächlich dazu nicht in der Lage, da er von seinem Aufenthaltsort nicht zu dem oft weit entfernten Revisionsgericht gelangen kann. Ein Unterschied gegenüber einem nicht vorgeführten Angeklagten besteht insoweit nicht.

7) Schorn MRK 4 zu Art. 6 III c

Zumindest insoweit steht § 350 III also mit Art. 6 III c MRK nicht in Einklang.

Ob und inwieweit gem. Art. 6 MRK darüberhinaus noch weiter die Bestellung eines Pflichtverteidigers für die Revisionsverhandlung erforderlich ist, insbesondere, ob und inwieweit der durch Art. 6 MRK gewährleistete Anspruch des mittelosen Angeklagten auf angemessenes, rechtliches Gehör eine weitere Bestellung gebietet, weil eine Selbstverteidigung vor einem Revisionsgericht in den allermeisten Fällen unzureichend ist[8], soll hier dahingestellt bleiben. Denn der Sinngehalt des Art. 6 MRK stimmt insoweit weitgehend mit dem des Art. 103 I GG überein[9], so daß auf die späteren Ausführungen zu dieser Bestimmung verwiesen werden kann[10].

3) Bedenklich erscheint die Regelung des § 350 III auch im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 I GG[11]: Nach § 350 III kann nur dem nicht auf freiem Fuß befindlichen Angeklagten, der keinen Verteidiger gewählt hat und der nicht zur Verhandlung vorgeführt wird, ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden. Sind diese Voraussetzungen aber gegeben, ist ohne Bedeutung, ob die Mitwirkung eines Verteidigers sachlich geboten ist und ob der Angeklagte die Mittel zur Bezahlung eines Verteidigers aufbringen kann. Dem in Freiheit befindlichen oder dem zur Verhandlung vorgeführten Angeklagten steht dagegen ein Anspruch auf einen Pflichtverteidiger nach § 350 III auch dann nicht zu, wenn die Mitwirkung eines Verteidigers sachlich geboten ist oder wenn der Angeklagte aus finanziellen Gründen selbst keinen Verteidiger beauftragen kann. Diese unterschiedliche Behandlung läßt sich dann rechtfertigen, wenn der auf freiem Fuß befindliche oder zur Verhandlung vorgeführte Angeklagte über die Mittel zur Bezahlung eines Verteidigers verfügt. Denn er hat die Möglichkeit, selbst einen Verteidiger heranzuziehen,

---

8) zweifelnd auch KMR 2 zu 350

9) Art. 6 I MRK räumt dem Angeklagten einen Anspruch auf ein "fair trial" ein (EurKomMR NJW 63, 2247). Diesem Grundsatz kommt eine generelle Tragweite zu. Er hat allgemeine Bedeutung für den gesamten Art. 6 MRK. Abs. II und III stellen insoweit nur erläuternde Spezifizierungen des in Abs. I Gesagten dar. Zum "fair trial" gehört auch der Anspruch auf rechtliches Gehör, und aus diesem Anspruch kann wiederum ein Recht auf auf Verteidigerbestellung entspringen, das über das Mindestrecht des Abs. III c hinausgeht (Wiebringhaus Rom-Konvention II zu Art. 6 (S. 82)).

10) vgl. unten 4)

11) Dahs jr. S. 117

falls er eine Selbstverteidigung nicht als ausreichend erachtet.

Der in Freiheit befindliche mittellose Angeklagte ist dagegen gegenüber dem bemittelten, zur Verhandlung nicht vorgeführten Angeklagten eindeutig benachteiligt, da er weder einen Pflichtverteidiger erhält, noch selbst einen Wahlverteidiger beauftragen kann. Demgegenüber geht es auch nicht an, den auf freiem Fuß befindlichen mittellosen Angeklagten auf die Möglichkeit zu verweisen, in der Verhandlung zu erscheinen und seine Verteidigung selbst zu führen. Denn selbst wenn man unterstellt, daß er trotz seiner Mittellosigkeit tatsächlich in der Revisionsverhandlung erscheinen kann - was mit Sicherheit in einem Großteil aller Verfahren nicht zutrifft -, bleibt er benachteiligt, da die Selbstverteidigung eines Rechtsunkundigen der Verteidigung durch einen Anwalt in aller Regel nicht gleichsteht, vor allem nicht in einer Revisionsverhandlung, in der eingehende Rechtskenntnisse des Verteidigenden notwendige Voraussetzung für eine sinnvolle und effektive Verteidigung sind. Art. 3 I GG gebietet nun zwar nicht, daß Bemittelte und Unbemittelte immer völlig gleichbehandelt werden, sondern fordert sogar eine Berücksichtigung sozialer Ungleichheiten[12]. Es ist aber geradezu eine Umkehrung dieses Grundsatzes, daß der bemittelte Angeklagte, der zwar selbst nicht in der Revisionsverhandlung anwesend ist, der aber sowieso jederzeit einen Wahlverteidiger beauftragen kann, einen Pflichtverteidiger beanspruchen kann, der mittellose Angeklagte dagegen, der sich zwar in Freiheit befindet, der aber allenfalls die Möglichkeit zur Selbstverteidigung hat, keinen Anspruch auf einen Pflichtverteidiger hat. Denn auf Grund seiner Mittellosigkeit ist letzterer in einer ungleich ungünstigeren Lage hinsichtlich seiner Verteidigung. Dies gilt vor allem dann, wenn die Sach- oder Rechtslage nicht einfach oder er zu einer Selbstverteidigung nicht in der Lage ist und die Mitwirkung eines Verteidigers daher sachlich geboten ist, wie meist in einer Revisionsverhandlung.

Selbst gegenüber dem mittellosen, nicht zur Verhandlung vorgeführten Angeklagten ist der mittellose, auf freiem Fuß befindliche Angeklagte im Nachteil. Im Gegensatz zu diesem hat er zwar die Möglichkeit, in der Revisionsverhandlung zu erscheinen und sich selbst zu verteidigen. Dies bedeutet aber nur scheinbar einen Vorteil. Zumindest in einem Teil aller Verfahren ist er nämlich durch seine Mittellosigkeit tatsächlich an der Teilnahme gehindert und bleibt dann völlig unverteidigt, während dem mittellosen,

12) Bonner Komm. II b zu Art. 3 GG, Hamann, Komm. C 3 zu Art. 3 I GG, Mangoldt AöR 1949, 281, Jerusalem SJZ 50, 6

nicht zur Verhandlung vorgeführten Angeklagten auf seinen Antrag ein Pflichtverteidiger bestellt wird. Selbst wenn er aber anwesend sein kann, steht seine Mitwirkung der Vertretung durch einen Pflichtverteidiger in keiner Weise gleich. Zu rechtfertigen ist diese unterschiedliche Behandlung nicht.

Letztlich ist auch der mittellose Angeklagte, der zur Verhandlung vorgeführt wird, gegenüber dem nicht vorgeführten Angeklagten - sei er bemittelt oder unbemittelt - zumindest dann benachteiligt, wenn, wie meist, eine Selbstverteidigung nicht ausreicht. Denn während jenem auf Antrag ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist, verliert er seinen Anspruch auf einen Pflichtverteidiger und kann sich wiederum nur selbst verteidigen.

4) Zweifelhaft ist ferner, ob die Regelung des § 350 III mit Art. 103 I GG zu vereinbaren ist[13]. Art. 103 I GG ist die Garantiebestimmung der freien Verteidigung jedes Angeklagten. Er gewährleistet nicht nur die bloße Möglichkeit zur Äußerung, sondern die Gelegenheit zur sachgerechten und umfassenden Stellungnahme[14] durch tatsächliche und rechtliche Ausführungen[15] zu allen[16] für die Entscheidung des Falles erheblichen Tat- oder Rechtsfragen.

---

13) Zu Art. 103 I GG vgl. etwa: Maunz-Dürig Erl. zu Art. 103 I GG, Hamann, Komm., Erl. zu Art. 103 I GG und AnwBl 58, 141, Arndt NJW 59, 6; 59, 1297; 61, 1734; 62, 27; 65, 147; JZ 63, 65; Dahs jr., Rechtliches Gehör; Jagusch NJW 59, 265; 62, 1945; Röhl NJW 58, 1268; 59, 285; 64, 273; KMR Einl. 12, Schwarz StPO Einl. 1 F

14) Maunz-Dürig 48 zu Art. 103GG, KMR Einl. 12 e, Dahs jr. S. 53 ff., von Stackelberg, AnwBl 59, 190 (198)

15) Es ist heute wohl unbestritten, daß der Gehörberechtigte auch zur Rechtsausführungen berechtigt ist, weil das rechtliche Gehör sich auch auf Rechtsfragen erstreckt (vgl. dazu: Maunz-Dürig 33 ff. zu Art. 103 GG, Arndt NJW 59, 1298; 65, 147; Jagusch NJW 59, 265 (266), von Winterfeld NJW 61, 848 (850), Röhl NJW 64, 273 (277), Schorn, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, Neuwied a.Rh. 1963, S. 73; andeutungsweise auch BVerfGE 10, 177 (182)). Strittig ist dagegen, ob die Gehörmaxime ein Rechtsgespräch, also eine mündliche Auseinandersetzung über divergierende Standpunkte, gewährleistet (bejahend: Arndt NJW 59, 6; JZ 63, 65; verneinend: Maunz-Dürig 38, zu Art. 103 GG, Schwarz StPO Einl. 1 Fc; Röhl NJW 64, 273 (277); Schorn a.a.O., S. 63; BayVerfGH JR 60, 392; BVerfG NJW 65, 147)

16) Jagusch NJW 59, 265 (266), Röhl NJW 64, 273 (274); a.A. Peters JZ 58, 435; s.a. Schwarz StPO Einl. 1 Fi; Röhl NJW 59, 286; Schultz MDR 59, 174; Maunz-Dürig 48 zu Art. 103 GG.

Soweit der Gehörberechtigte dazu selbst nicht in der Lage ist, kann er sich, damit von einer echten Gehörgewährung gesprochen werden kann, eines rechtskundigen Verteidigers bedienen[17]. Allerdings läßt sich aus der Gehörmaxime nicht ableiten, daß der Angeklagte in jedem Strafverfahren durch einen rechtskundigen Anwalt verteidigt werden muß und ihm daher notfalls immer ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist, falls er selbst nicht zur Beauftragung eines Verteidigers in der Lage ist. Denn Art. 103 I GG gewährleistet nur das rechtliche Gehör als solches, nicht aber rechtliches Gehör gerade durch Vermittlung eines Anwalts[18].

Es bestehen aber Bedenken, ob dieser vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte Grundsatz auch für die Revisionsverhandlung Geltung beanspruchen kann. Das Revisionsverfahren neigt seiner Struktur nach zum schriftlichen Verfahren[19]. Sein Schwerpunkt liegt in der Revisionsschrift, die sämtliche Rügen gegen das angegriffene Urteil und zudem die die formellen Rügen stützenden Tatsachen enthalten muß. Hier muß und kann der Angeklagte Stellung nehmen, und er wird dabei auch durch einen Pflichtverteidiger unterstützt, sofern er selbst zu einer sachgerechten und ausreichenden Äußerung nicht in der Lage ist[20]. Da nun Art. 103 I GG das rechtliche Gehör nur im Rahmen des jeweiligen Prozeßrechtssystems und der jeweiligen besonderen Verfahrensstruktur gewährleistet und keineswegs immer eine mündliche Anhörung des Gehörberechtigten fordert[21], scheint den Anforderungen der Gehörmaxime im Revisionsverfahren dadurch in ausreichendem Maße Genüge getan zu sein, daß der Angeklagte Gelegenheit zur schriftlichen Äußerung hat und dabei erforderlichenfalls auch durch einen Pflichtverteidiger unterstützt wird[22]. Dies scheint um so eher der Fall zu sein, als der Angeklagte sogar der Revisionsverhandlung nach seinem Belieben fernbleiben kann und sich selbst dann nicht durch einen Verteidiger vertreten lassen muß.

---

17) Maunz-Dürig 78 zu Art. 103 GG, Dahs jr. S. 52 ff., Arndt NJW 57, 7, Ule DVBl 59, 537 (544)

18) BVerfGE 9, 124 (132); BVerfG NJW 65, 147 (B. gem. § 93 a III BVGG)

19) Jagusch NJW 60, 75

20) vgl. oben § 20 III

21) Maunz-Dürig 72 zu Art. 103 GG, Röhl NJW 53, 153; 58, 1270; 64, 275; Hamann AnwBl 58, 141 (148), Dahs jr. S. 115; st. Rspr.; BVerfGE 1, 418; 9, 231; BayObLGZ 58, 112 (weitere Nachweise bei Maunz-Dürig und Dahs jr. a.a.O.); auch Art. 6 MRK gibt keinen Anspruch auf mündliche Anhörung, sondern läßt eine schriftliche Äußerung genügen (Maunz-Dürig 97 zu Art. 103 GG; Röhl NJW 64, 273 (275), Schwarz StPO 3 zu Art. 6 MRK)

22) so BVerfG NJW 65, 147 (B. gem. § 93a III BVGG)

Eine derartige Auffassung wird aber der umfassenden Bedeutung, die der Grundsatz des rechtlichen Gehörs durch seine verfassungsrechtliche Verankerung und auch seine weite Auslegung durch Rechtsprechung und Schrifttum mittlerweile gewonnen hat, in keiner Weise gerecht. Trotz der Tendenz zum schriftlichen Verfahren ist nach dem geltenden Strafverfahrensrecht die mündliche Verhandlung ein wesentlicher und vor allem ein notwendiger Teil des Revisionsverfahrens, sofern keine Verwerfung durch Beschluß erfolgt. Erst nach und nur auf Grund der mündlichen Verhandlung darf die Urteilsberatung stattfinden und das Urteil gefunden werden. Dabei müssen in der Verhandlung nach § 351 nach dem Vortrag des Berichterstatters neben der Staatsanwaltschaft auch der Angeklagte und sein Verteidiger gehört werden, wenn sie es wünschen. Der Mitwirkung eines Verteidigers kommt dabei erhebliche Bedeutung zu[23]. Erst der Vortrag des Berichterstatters unterrichtet in der Regel die übrigen Mitglieder des Revisionsgerichts über die Einzelheiten des Sachverhalts. Damit wird der Vortrag zur wesentlichen Grundlage des späteren Urteils. Ein Verteidiger kann nun zwar die Gestaltung des Vortrags nicht von vornherein beeinflussen. Erscheint ihm der Vortrag aber unvollständig oder unzutreffend - etwa weil der Berichterstatter, wenn auch unbewußt, den Sachverhalt bereits unter dem Blickwinkel einer bestimmten Rechtsansicht vorträgt - , kann er den Berichterstatter zu einer Ergänzung des Vortrags veranlassen und so verhindern, daß der Fall von vornherein nur in einer bestimmten Richtung erörtert wird[24]. In einem Revisionsverfahren vor dem Bundesgerichtshof erfährt der Angeklagte bzw. sein Verteidiger z. B. auch meist erst in der mündlichen Verhandlung, wie die Bundesanwaltschaft sich zu der Revision stellt und welche, möglicherweise neue Auffassung sie vertritt[25]. Manchmal werden auch neue, bisher nicht veröffentlichte Entscheidungen des Revisionsgerichts in die Verhandlung einbezogen[26]. Daß die schriftliche Revisionsbegründung daher oft ins Leere gehen kann und einer Ergänzung durch eine sofortige, sachgerechte Stellungnahme in der Verhandlung bedarf, braucht nicht näher dargelegt zu werden. Ebensowenig ist auch zu erörtern, daß der Angeklagte selbst hierzu nur ganz ausnahmsweise imstande ist. Art. 103 I GG aber gewährleistet auch insoweit das Recht des Angeklagten

23) Zur Bedeutung der Verteidigung in der mündlichen Revisionsverhandlung vgl. vor allem Gage-Sarstedt S. 282 ff., Henkel S. 437, Jagusch NJW 59, 265, Dahs NJW 56, 436

24) Gage-Sarstedt S. 283/4, Dahs jr. S. 118, Dahs NJW 56, 436, Arndt NJW 65, 147

25) Dahs jr. S. 118, Dahs NJW 56, 436

26) Arndt NJW 65, 147, Dahs jr. S. 117, Dahs NJW 56, 436

zur sachgerechten und ausreichenden Äußerung und dieses Recht schließt, wenn auch möglicherweise nicht den Anspruch auf ein Rechtsgespräch, so doch die Befugnis ein, Rechtsausführungen zu machen oder solche mit eigenen Rechtsausführungen zu erwidern.[27] Daher muß dem Angeklagten grundsätzlich die Vertretung durch einen Verteidiger in der Revisionsverhandlung ermöglicht werden. Denn ausgeschlossen werden kann in keinem Fall, daß der Anspruch des Angeklagten auf sachgemäße und ausreichende Stellungnahme zu allen Sach- und Rechtsfragen nur durch einen rechtskundigen Verteidiger verwirklicht werden kann. Daran ändert auch nichts, daß zum Beispiel in einem Verfahren vor dem Bundesgerichtshof vielfach die Bundesanwaltschaft die Revisionen der Staatsanwaltschaften nicht vertritt oder die des Angeklagten unterstützt und daß neu in die Verhandlung eingeführte Gesichtspunkte oft zugunsten des Angeklagten sprechen[28]. Denn damit zu rechnen ist von vornherein niemals, so daß aus diesem Grunde die Mitwirkung eines Verteidigers nie von vornherein überflüssig sein kann. Vielmehr muß dem Angeklagten in jedem Fall möglich sein, sich auch in der Revisionsverhandlung durch einen Verteidiger vertreten zu lassen. Dies bedeutet aber nun nicht, daß jedem Angeklagten für die Revisionsverhandlung ein Pflichtverteidiger beizuordnen ist, falls er keinen Wahlverteidiger hat. Der bemittelte Angeklagte hat selbst die Möglichkeit, gem. § 137 einen Verteidiger zu wählen und diesen mit seiner Verteidigung zu beauftragen. Sein Anspruch auf rechtliches Gehör kann er daher selbst verwirklichen.

Anders ist dies aber bei einem Angeklagten, der die Kosten für einen Wahlverteidiger nicht aufbringen kann. Ihm ist die Ausübung des rechtlichen Gehörs nur möglich, wenn er an der Revisionsverhandlung teilnehmen kann und darüberhinaus zu einer Selbstverteidigung befähigt ist, sei es, weil er über die zu einer wirkungsvollen Verteidigung erforderlichen Rechtskenntnisse verfügt, sei es, weil der Fall so einfach liegt, daß ausnahmsweise auch ein Rechtsunkundiger die Verteidigung selbst ordnungsgemäß führen kann. In allen anderen Fällen muß ihm aber ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden. Denn nur durch eine Verteidigerbestellung kann ihm dann ermöglicht werden, seinen durch Art. 103 I GG gewährleisteten Gehöranspruch sachgerecht und ausreichend zu verwirklichen[29].

---

28) Kohlhaas NJW 51, 179 27) vgl. oben Anm. 15

29) Dahs jr. S. 118, Arndt NJW 65, 147 (148); ebenso wohl auch KMR 2 zu 350; abzulehnen BVerfG NJW 65, 147 (B. gem. § 93 a III BVGG)

5) Würde man nun die Regelung des § 350 III als abschließend ansehen und dem Angeklagten nur in diesen Fällen einen Anspruch auf einen Pflichtverteidiger für die Revisionsverhandlung zugestehen, wäre die Regelung der Strafprozeßordnung weder mit Art. 6 III c MRK noch mit den Art. 3 I und 103 I GG zu vereinbaren, da diese aus den dargelegten Gründen die Bestellung eines Pflichtverteidigers für die Revisionsverhandlung vielfach auch beim Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 350 III gebieten. Es besteht aber kein Anlaß, die Bestimmung des § 350 III als abschließend anzusehen und daher muß nicht erörtert werden, welche Folgen der insoweit bestehende Widerspruch hätte[30].
Die StPO regelt zwar keinen weiteren Fall der notwendigen Verteidigung während der Revisionsverhandlung ausdrücklich. § 140 II gilt aber für alle Strafverfahren und für jedes Verfahrensstadium, also auch für die Revisionsverhandlung, da er keinerlei Beschränkung enthält und den Vorsitzenden schlechthin beim Vorliegen der Voraussetzungen zur Bestellung eines Pflichtverteidigers ermächtigt. Bereits die vor dem Erlaß des StPÄG herrschende Meinung, die an sich die Notwendigkeit einer Verteidigerbestellung für die Revisionsverhandlung grundsätzlich verneinte, hat anerkannt, daß in besonders gelagerten Fällen § 140 II auch für die Revisionsverhandlung anzuwenden ist[31]. Es gibt nun keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber, der beim Erlaß des StPÄG von der herrschenden Meinung ausging, die Anwendbarkeit des § 140 II für die Revisionsverhandlung durch die Einfügung des § 350 III ausschließen wollte.
Die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen dem Angeklagten nach § 350 III ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist, stimmen in keiner Weise mit denen überein, unter denen nach der früher herrschenden Meinung § 140 II anzuwenden war. Denn nicht die Abwesenheit des Angeklagten in der Revisionsverhandlung rechtfertigte nach damaliger Ansicht eine Verteidigerbestellung, sondern allein die besondere Schwierigkeit der Sach- oder vor allem der Rechtslage und die Verteidigungsunfähigkeit des Angeklagten, gleichviel,

30) Welche Folgen ein Widerspruch zwischen Art. 6 III c MRK und der Regelung der StPO hätte, ist noch nicht geklärt. Es ist umstritten, ob die MRK-abgesehen von ihrer völkerrechtlichen Wirkung (dazu Golsong DVBl 58, 809) - Verfassungsrang (so Echterhölter JZ 55, 692) oder nur den Rang eines Bundesgesetzes (OVG Münster NJW 56, 1374; OLG Bremen NJW 60, 1265; OLG München JZ 61, 153; BayVerfGH 8 II, 74/79) hat, doch ist sie nach allgemeiner Meinung gesetzesfest, d.h., der Gesetzgeber darf keine Gesetze erlassen, die in Widerspruch zu ihr stehen. Durch den Erlaß des § 350 III konnte Art. 6 III c MRK also nicht eingeschränkt werden. Daß er Art. 103 I und 103 I GG im Rang nachsteht, bedarf keiner Erörterung.

31) vgl. oben I, insbesondere Anm. 2 und 3

ob er selbst in der Verhandlung anwesend war oder nicht. Es ist daher davon auszugehen, daß durch die Einfügung des § 350 III der Kreis der Fälle der notwendigen Verteidigung während der Revisionsverhandlung um einen nach der Meinung des Gesetzgebers bisher noch nicht erfaßten Fall erweitert werden sollte, nicht aber die Anwendbarkeit des § 140 II für die Revisionsverhandlung ausgeschlossen werden sollte. In Übereinstimmung mit der schon früher in Rechtsprechung und Schrifttum herrschenden Meinung ist daher auch nach der Einfügung des § 350 III daran festzuhalten, daß § 140 II auch für die Revisionsverhandlung zur Anwendung kommt und dem Angeklagten daher auch nach dieser Vorschrift ein Pflichtverteidiger für die mündliche Verhandlung vor dem Revisionsgericht bestellt werden kann[32].

6) Nicht zugestimmt werden kann allerdings der früheren Praxis der Revisionsgerichte, die den § 140 II für die Revisionsverhandlung sehr eng auslegten und nur selten zur Beiordnung eines Pflichtverteidigers kamen.[33] Diese enge Auslegung war darauf zurückzuführen, daß die Notwendigkeit der Verteidigung in der Revisionsverhandlung wegen der zum schriftlichen Verfahren neigenden Struktur des Revisionsverfahrens grundsätzlich verneint wurde. Von diesem Ausgangspunkt her sahen die Revisionsgerichte in der Vorschrift des § 140 II lediglich eine Möglichkeit, dem Angeklagten in besonders gelagerten Fällen einen Pflichtverteidiger zu bestellen. Ebenso wie die ihnen zustimmende herrschende Meinung verkannten sie dabei aber, daß § 140 II auch dem Vorsitzenden des Revisionsgerichts zum Schutz des Angeklagten eine Verpflichtung zur Verteidigerbestellung auferlegt, wenn die vom Gesetz selbst genannten Voraussetzungen - die Schwere der Tat, die Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage oder die Verteidigungsunfähigkeit des Beschuldigten - gegeben sind. Nur anhand dieser vom Gesetz ausdrücklich festgelegten Maßstäbe hat der Vorsitzende zu entscheiden, ob dem Angeklagten ein Verteidiger zu bestellen ist und dies gilt auch für den Vorsitzenden des Revisionsgerichts[34]. Wenn auch möglicherweise die Schwere der Tat oder die

---

32) so auch KMR 2 zu 350, Schwarz StPO 2 zu 140, 3 zu 350

33) vgl. oben I insbesondere Anm. 4 und 5

34) So schon BGH 19, 258 (260); der ausdrücklich auf die Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage und die Verteidigungsunfähigkeit des Angeklagten als Voraussetzung einer Verteidigerbestellung nach § 140 II im Revisionsverfahren abstellt, die Sach- und Rechtslage allerdings nicht als schwierig bezeichnet und die Verteidigungsfähigkeit des Angeklagten garnicht prüft.

Schwierigkeit der Sachlage nicht immer zu bejahen sind, wird jedoch die Verteidigungsunfähigkeit des Angeklagten und die Schwierigkeit der Rechtslage in Anbetracht der Anforderungen, die eine wirkungsvolle Verteidigung in der Revisionsverhandlung an die Rechtskenntnisse des Verteidigenden stellt, nur ausnahmsweise verneint werden können. Eine derartige Ausnahme wird nur dann anzunehmen sein, wenn der Angeklagte selbst in der Revisionsverhandlung erscheinen kann- ist er schon daran infolge seiner finanziellen Lage gehindert, ist er immer als verteidigungsunfähig anzusehen, da er dann nicht einmal eine tatsächliche Gelegenheit zur Selbstverteidigung hat - und weder die Tat schwer noch das Verfahren rechtlich oder tatsächlich schwierig gelagert ist, so daß eine Selbstverteidigung möglich und ausreichend ist.

In allen anderen Fällen wird dem Angeklagten in der Regel auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 350 III nicht gegeben sind, ein Pflichtverteidiger für die Revisionsverhandlung zu bestellen sein, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Verteidigung bereits in den Tatsacheninstanzen notwendig war oder nicht und ob der Angeklagte bemittelt ist oder nicht. Denn die Bestellung eines Pflichtverteidigers ist nach § 140 II dann einerseits allein im Hinblick auf die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Verteidigers zu entscheiden und andererseits ist für § 140 II ohne Belang, ob der Angeklagte über die Mittel zur Bezahlung eines Wahlverteidigers verfügt. Nur wenn § 140 II in dieser Weise neben § 350 III zur Anwendung kommt, kann die Praxis den Anforderungen des Art. 103 I GG und des Art. 6 III c MRK im vollen Umfang gerecht werden und eine Verletzung des Gleichheitssatzes des Art. 3 I GG vermieden werden.

7) Gegenüber der hier vertretenen Ansicht kann auch nicht eingewandt werden, daß der Angeklagte nach § 350 II in der Revisionsverhandlung erscheinen oder sich dort durch einen Verteidiger vertreten lassen kann, nicht muß. Denn der Angeklagte ist berechtigt, in der Hauptverhandlung zu erscheinen und sich dort selbst zu verteidigen und er hat, soweit er zu einer Selbstverteidigung nicht in der Lage ist, ein Recht auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers. Ob er von diesem Recht Gebrauch macht, steht allein in seinem Belieben. Sein Recht auf einen Pflichtverteidiger kann ihm keinesfalls dadurch entzogen werden, daß die Bestellung abgelehnt wird mit der Begründung, er müsse sein Recht ja nicht ausüben.

Lediglich eine Einschränkung ist bei der Anwendung des § 140 II für die Revisionsverhandlung im Hinblick auf § 350 II zu machen. Eine Verteidigerbestellung von Amts wegen, die nach § 140 II immer möglich ist, wird nur selten ange-

bracht sein[35]. Da dem Angeklagten freisteht, ob er sich durch einen Verteidiger vertreten lassen will, wird ihm immer nur dann ein Pflichtverteidiger beizuordnen sein, wenn er selbst die Vertretung durch einen Verteidiger wünscht. Dies ist auch mit den vorstehend erörterten Bestimmungen des Grundgesetzes und der Menschenrechtskonvention zu vereinbaren. Denn diese gebieten lediglich, daß auch dem mittellosen Angeklagten die Möglichkeit eröffnet wird, sich in der Revisionsverhandlung durch einen Verteidiger vertreten zu lassen, nicht aber, daß er tatsächlich immer vertreten wird. Macht er daher von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch und beantragt nicht die Bestellung eines Pflichtverteidigers, so ist darin lediglich ein gem. § 350 II zulässiger Verzicht auf die Vertretung durch einen Verteidiger zu sehen.

Über sein Recht auf Verteidigerbestellung nach § 140 II muß der Angeklagte aber belehrt werden. § 140 II schreibt dies zwar im Gegensatz zu § 350 III nicht vor. Da aber die StPO ihm dieses Recht scheinbar für die Revisionsverhandlung nicht gibt, wie der Rechtsunkundige aus der Regelung des § 350 III meist schließen wird, muß der Vorsitzende den Angeklagten auf Grund seiner Fürsorgepflicht auf sein Recht hinweisen, da andernfalls von einem Verzicht nicht gesprochen werden kann, wenn der Angeklagte in Unkenntnis seines Rechts keine Verteidigerbestellung beantragt.

35) Glaubt allerdings das Revisionsgericht in keinem Fall auf die Mitwirkung eines Verteidigers verzichten zu können, kann dem Angeklagten auch ohne einen Antrag ein Pflichtverteidiger für die Revisionsverhandlung beigeordnet werden (so schon frühere Praxis des BGH. vgl. Gage-Sarstedt S. 282 Anm. 2)

IV. Die Dauer einer Bestellung für die Revisionsverhandlung

1 Wird dem Angeklagten für die Revisionsverhandlung ein Pflichtverteidiger bestellt, sei es nach § 350 III, sei es nach § 140 II, bleibt die Bestellung immer nur für die Dauer der Revisionsverhandlung wirksam und erlischt mit deren Ende von sich aus. Dabei ist gleichgültig, ob das Revisionsgericht selbst endgültig entscheidet, so daß das Urteil rechtskräftig wird, oder ob es die Sache zurückverweist, so daß es zu einer erneuten Verhandlung kommt. Denn die Bestellung erfolgt immer nur für die Dauer der Revisionsverhandlung, die stets mit dem Urteil endet.

Kommt es nach einer Zurückweisung erneut zu einer Revisionsverhandlung, lebt die Bestellung nicht wieder auf. Denn es liegt dann eine völlig neue Verhandlung vor, vor der erneut zu prüfen ist, ob die Verteidigung notwendig ist und ob dem Angeklagten demnach ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist.

2) Zurückzunehmen ist die Bestellung aus denselben Gründen, aus denen auch sonst eine Bestellung zurückzunehmen ist[1]. Darüberhinaus ist die Rücknahme angebracht, wenn der Angeklagte auf die Mitwirkung des Pflichtverteidigers verzichtet. Denn da die Notwendigkeit der Verteidigung von einem Antrag anhängt, führt der Verzicht zur Beseitigung der Notwendigkeit.[2] Aufrechterhalten kann der Vorsitzende gem. § 140 II die Bestellung aber stets, wenn er die Mitwirkung eines Verteidigers als unerläßlich ansieht.

3 Außer durch eine Rücknahme endet die Bestellung eines Pflichtverteidigers vor dem Ende der Revisionsverhandlung durch den Tod des Pflichtverteidigers oder auch den des Beschuldigten[3]. Beim Tode des Pflichtverteidigers ist auch hier unter Umständen ein neuer Pflichtverteidiger beizuordnen.

1) vgl. oben § 21
2) LK II 12 zu 141
3) vgl. oben § 20 V 2) und 3) aF

4. Teil

DIE PERSON DES PFLICHTVERTEIDIGERS

§ 23 1. Abschnitt: Der Personenkreis

I. Rechtsanwälte

1) Als Pflichtverteidiger kommen nur Rechtsanwälte und in beschränktem Maße Referendare in Betracht.

Nach § 142 I hat der Vorsitzende zwar lediglich den zu bestellenden Verteidiger "möglichst" aus der Zahl der bei einem Gericht des Gerichtsbezirks zugelassenen Rechtsanwälte auszuwählen. Aus dieser Fassung des § 142 I könnte man folgern, der Vorsitzende könne außer einem bei einem Gericht des Gerichtsbezirks zugelassenen Anwalt auch jede andere Person als Pflichtverteidiger bestellen. Eine derartige Auslegung ist jedoch ausgeschlossen, wie sich aus der Regelung des § 138 ergibt. Nach dieser Vorschrift können nur die bei einem deutschen Gericht[1] zugelassenen Rechtsanwälte sowie die Rechtslehrer an deutschen Hochschulen ohne jede Beschränkung zu Verteidigern gewählt werden. Andere Personen können dagegen nur mit Genehmigung des Gerichts als Wahlverteidiger zugelassen werden und dürfen bei notwendiger Verteidigung darüberhinaus, falls sie nicht zu den Personen gehören, die zum Pflichtverteidiger bestellt werden können, nur in Gemeinschaft mit einer solchen zugelassen werden. Diese Beschränkung wäre aber

1) Deutsche Gerichte in diesem Sinn sind abweichend vom allgemeinen Sprachgebrauch nur Gerichte innerhalb der Gebiete der Bundesrepublik Deutschland einschließlich West-Berlins. Denn eine Beschränkung, daß nur zugelassene Anwälte als Verteidiger gewählt werden können, wäre wirkungslos, wenn sich die Zulassung nicht nach den in diesem Gebiet geltenden Bestimmungen regeln würden. Rechtsanwälte, die vor dem 9.5.45 an einem deutschen Gericht außerhalb BRD zugelassen waren und bisher noch nicht an einem Gericht innerhalb dieses Gebietes zugelassen worden sind, sowie diejenigen, die an einem Gericht der DDR zugelassen sind, gelten daher nicht als an einem deutschen Gericht im Sinne des § 138 I zugelassene Anwälte. Entsprechendes gilt für Rechtslehrer an "deutschen" Hochschulen (LR I 2 zu 138, BGH 8, 168 (177) und NJW 57, 997)

sinnlos, wenn der Vorsitzende nach § 142 I auch Nicht-Anwälte zu Pflichtverteidigern bestellen könnte. Zudem wäre dann auch die Vorschrift des § 142 II unverständlich, da die dort genannten Rechtskundigen ja auch Nicht-Anwälte sind. § 142 I kann daher nur so verstanden werden, daß der Vorsitzende zwar nicht unbedingt einen innerhalb des Gerichtsbezirks zugelassenen Rechtsanwalt als Pflichtverteidiger wählen muß, daß er aber außer einem solchen - und einem der in § 142 II Genannten - nur einen beim Gericht außerhalb des Gerichtsbezirks zugelassenen Rechtsanwalt auswählen kann.[2]

2) Rechtsanwalt ist, wer nach den Vorschriften des deutschen Richtergesetzes die Befähigung zum Richteramt besitzt[3] und bei einem Gericht innerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des geltenden Rechts als Rechtsanwalt zugelassen ist[4]. Da die Befugnis zur Ausübung der Anwaltstätigkeit aber nicht schon mit der Wirksamkeit der Zulassung, d.h., der Aushändigung der von der Landesjustizverwaltung ausgefertigten Urkunde über die Zulassung, beginnt, sondern erst mit der Eintragung in die Liste der zugelassenen Rechtsanwälte[5], kann nur ein eingetragener Rechtsanwalt zum Pflichtverteidiger bestellt werden.

Das Erlöschen der Zulassung eines Rechtsanwalts - sei es der Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft durch ein rechtskräftiges Urteil[6], sei es der rechtskräftigen Rücknahme durch die Landesjustizverwaltung[7] - hat zur Folge, daß er die Fähigkeit verliert, immer Verteidiger sein zu können. Er kann daher nach dem Erlöschen der Zulassung nicht mehr zum Pflichtverteidiger bestellt werden, eine bereits begonnene Pflichtverteidigung nicht mehr zu Ende führen. Gleiches gilt schon vor der Rücknahme der Zulassung, wenn ein Rechtsanwalt auf Grund einer Verurteilung zu einer Zuchthausstrafe oder Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte von Rechts wegen unfähig wird, Rechtsanwalt zu sein[8].

3) Auszuwählen ist der Pflichtverteidiger nach § 142 I möglichst aus der Zahl der bei einem Gericht des Gerichtsbezirks zugelassenen Rechtsanwälte. Maßgebend ist der Bezirk des Gerichts, an dem der Vorsitzende, der den Pflichtverteidiger zu bestellen hat, Richter ist[9]. Der Vorsitzende einer Strafkammer bzw. der eines Strafsenats an einem Oberlandesgericht kann also einen Rechtsanwalt

---

2) LK II 3 zu 142, LR II 1 und 2 zu 141, KMR 1a zu 142
3) § 4 BRAO, §§ 5 ff. DRiG; LR I 1 zu 138, KMR 1a zu 138
4) §§ 6 ff., BRAO; vgl. oben 1)
5) § 12 II bzw. § 32 I BRAO, LR I 1 zu 138, KMR 1a zu 138
6) § 13 BRAO
7) § 14 BRAO
8) LK II 6 zu 138, LR I 1 zu 141
9) LK II 4 und 5 zu 142, KMR 1a zu 142

wählen, der an einem Gericht innerhalb des Bezirks des Landgerichts bzw. des Oberlandesgerichts zugelassen ist. Ebenso kann der Vorsitzende einer Staatsschutzkammer gem. § 74 a GVG bzw. der eines nach § 92 GVG für die Bezirke mehrerer Landgerichte eingerichteten gemeinsamen Schwurgerichts die Auswahl treffen unter den Rechtsanwälten, die an einem Gericht innerhalb des Oberlandesgerichtsbezirks bzw. innerhalb eines der Bezirke der betreffenden Landgerichte zugelassen sind.

Wie bereits erwähnt, ist der Vorsitzende an diese Begrenzung jedoch nicht gebunden, sondern soll nur "möglichst" einen der bei einem Gericht des Bezirks zugelassenen Rechtsanwälte wählen.
Er kann also grundsätzlich auch jeden anderen Rechtsanwalt, der an einem Gericht außerhalb des maßgebenden Gerichts zugelassen ist, zum Pflichtverteidiger bestellen. Eine Beschränkung besteht lediglich insofern, als nur die Vorsitzenden der Strafsenate des Bundesgerichtshofs die bei diesem Gericht zugelassenen Anwälte als Pflichtverteidiger bestellen dürfen.[10] Denn gem. § 172 I BRAO dürfen die beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwälte nur vor dem Bundesgerichtshof, den anderen oberen Bundesgerichten und dem Bundesverfassungsgericht sowie vor internationalen oder gemeinsamen zwischenstaatlichen Gerichten auftreten[11].

---

10) LR II 2 zu 141

11) Nach § 172 II BRAO dürfen am BGH zugelassene Rechtsanwälte auch noch an anderen Gerichten auftreten, wenn diese ersuchte Gerichte die in § 172 I genannten Gerichte sind. Für die Bestellung eines Pflichtverteidigers für einen auswärtigen Termin ist aber immer der Vorsitzende des ersuchenden Gerichts, nicht der ersuchte Richter zuständig (BGH NJW 52, 1426). Auch insoweit können am BGH zugelassene Anwälte also nur von dem Vorsitzenden eines Strafsenats des BGH zum Pflichtverteidiger bestellt werden.

II. Referendare

1) Außer Rechtsanwälten kommen nur noch Referendare als Pflichtverteidiger in Betracht und dies auch nicht in allen Fällen.

Nach § 142 II können Rechtskundige, die die vorgeschriebene erste Prüfung für den Justizdienst bestanden haben und darin seit mindestens einem Jahr und drei Monaten beschäftigt sind, als Pflichtverteidiger bestellt werden. Nach dem Wortlaut könnten darunter auch Rechtskundige zu verstehen sein, die nach der ersten Prüfung auch die zweite bestanden haben und immer noch im Justizdienst tätig sind - also etwa Richter oder Staatsanwälte - oder auch solche, die nach der Ablegung der ersten Prüfung nicht in den Vorbereitungsdienst eingetreten sind, die aber in einer anderen Laufbahn im Justizdienst tätig sind - also etwa im gehobenen oder mittleren Dienst. Diese Auslegung ist jedoch nicht möglich. Unter Rechtskundigen im Sinne des § 142 II sind vielmehr ausschließlich solche Personen zu verstehen, die die vorgeschriebene erste Prüfung für den höheren Justizdienst abgelegt haben und im Vorbereitungsdienst auf die zweite, zum Erwerb der Befähigung zum Richteramt erforderliche Prüfung stehen. Aus der weiteren Regelung des § 142 II, daß Rechtskundige nicht zum Pflichtverteidiger bestellt werden dürfen bei einem Gericht, dessen Richter sie zur Ausbildung überwiesen sind, ist zu entnehmen, daß die Rechtskundigen nach der ersten Prüfung zur Ausbildung im Justizdienst beschäftigt sein müssen. Daß es sich bei dieser Ausbildung um Vorbereitungsdienst im Sinne des § 5 III DRiG handeln muß, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 142 II. Vor der Neufassung des § 142 II durch das StPÄG konnten außer Rechtskundigen, die die vorgeschriebene erste Prüfung für den Justizdienst bestanden hatten, auch Justizbeamte zum Pflichtverteidiger bestellt werden. Nach allgemeiner Meinung[1] wurden hierbei unter Justizbeamten im Gegensatz zu den Rechtskundigen im Vorbereitungsdienst die im Justizdienst beschäftigten Beamten des gehobenen Dienstes verstanden. Nachdem nunmehr Justizbeamte nicht mehr als Pflichtverteidiger in Betracht kommen nach § 142 II, folgt daraus, daß nur noch Rechtskundige im Vorbereitungsdienst auf die zweite Prüfung zum Pflichtverteidiger bestellt werden dürfen, also nur Referendare[2].

1) LK II 7 und 8 zu 142, LR II 4 zu 141

2) KMR I b zu 142, Schwarz StPO 3 zu 142, Leitfaden Reißfelder S. 35, BGH NJW 65, 116 (zu § 139 StPO); vgl. auch den Bericht des Rechtsausschusses (BT-Drucksache zu Drucksache IV/1020 S. 3), den Regierungsentwurf (BT-Drucksache IV/178 S. 31) und die Verhandlungen des Deutschen Bundestags (4. Wahlperiode, 69. Sitzung, Bonn 27.3.1963, Stenographischer Bericht, S. 3111 ff.), in denen ebenfalls immer nur von "Referendaren" die Rede ist.

2) Als Pflichtverteidiger ausgewählt werden darf ein Referendar aber nur unter bestimmten Voraussetzungen. Einmal muß seine Beschäftigung im Vorbereitungsdienst im Zeitpunkt der Verteidigerbestellung mindestens fünfzehn Monate gedauert haben. Sie muß darüberhinaus auch während des ganzen Zeitraums der Verteidigung andauern[3]. Mit dem Ende des Vorbereitungsdienstes, sei es vor oder nach der Ablegung der zweiten Prüfung, wird der Rechtskundige unfähig, Pflichtverteidiger zu sein, da er dann nicht mehr im Vorbereitungsdienst beschäftigt ist. Von diesem Augenblick an kann er daher nicht mehr zum Pflichtverteidiger bestellt werden und darf auch eine bereits begonnene Pflichtverteidigung nicht mehr fortsetzen.

Ist ein Referendar länger als fünfzehn Monate im Vorbereitungsdienst tätig, kommt es nicht darauf an, ob er zur Zeit der Bestellung und der Verteidigung im Rahmen seiner Ausbildung an einer Justizbehörde beschäftigt ist oder ob er sich an einer Ausbildungsstation außerhalb der Justizbehörden befindet. § 142 II spricht zwar nur von Rechtskundigen, die die erste Prüfung für den Justizdienst bestanden haben und darin beschäftigt sind. Aus dem auf Justizdienst bezogenen Wort "darin" darf aber nicht geschlossen werden, ein Referendar könne nur zum Pflichtverteidiger bestellt werden, wenn er an einer Justizbehörde tätig ist. Durch diese Fassung wird lediglich klargestellt, daß der geprüfte Rechtskundige im Vorbereitungsdienst beschäftigt sein muß und daß es nicht genügt, wenn er sich einer anderen als der höheren Justizbeamtenlaufbahn zugewendet hat. Der Vorbereitungsdienst als solcher ist aber als Einheit zu sehen, während der der Referendar zwar an unterschiedlichen Ausbildungsstationen tätig ist, die aber als Ganzes auf den Erwerb der Befähigung zum Richteramt abzielt. Ein Referendar kann daher immer gem. § 142 II zum Pflichtverteidiger bestellt werden, solange er im Vorbereitungsdienst tätig ist, nicht nur, solange er unmittelbar im Justizdienst beschäftigt ist.

3) Eine weitere Einschränkung der Möglichkeit, einen Referendar zum Pflichtverteidiger zu bestellen, enthält § 142 II insofern, als ein Referendar niemals bei einem Gericht bestellt werden kann, dessen Richter er zur Ausbildung überwiesen ist. Unter Gericht ist hierbei immer nur das Gericht als Spruchkörper, nicht das Gericht als Behörde, zu verstehen. Durch diese Einschränkung soll der Gefahr vorgebeugt werden, daß ein zum Pflichtverteidiger bestellter Referendar in der Führung der Verteidigung durch die durch das Ausbildungsverhältnis bedingten Beziehungen zu dem Richter beeinflußt wird. Diese Gefahr besteht aber nur hinsichtlich des Richters, dem der Referendar zur Ausbildung überwiesen ist. Zum Pflichtverteidiger bestellt werden kann ein Referendar daher nicht nur bei einem anderen Gericht im staatsrechtlichen Sinne, sondern

3) KMR 1b (1) zu 142

auch bei einem anderen Richter, der an demselben Gericht im staatsrechtlichen Sinn ist wie der Ausbildungsrichter[4].

Die Bestellung eines Referendars bei einem Richter kommt auch dann nicht in Betracht, wenn bereits im Zeitpunkt der Verteidigerbestellung feststeht, daß er diesem Richter zur Ausbildung überwiesen werden wird, und dies selbst dann nicht, wenn mit Sicherheit damit zu rechnen ist, die Verteidigung werde bis zum Zeitpunkt der Überweisung abgeschlossen sein. Ausbildungsbeziehungen bestehen dann zwar zwischen Richter und Referendar noch nicht. Es besteht aber dennoch die Möglichkeit, daß der Referendar sich in der Führung der Verteidigung durch die bevorstehende Überweisung beeinflussen läßt. § 142 II ist daher insoweit entsprechend anzuwenden.

Wird ein Referendar einem Richter, bei dem er als Pflichtverteidiger bestellt ist, zur Ausbildung überwiesen, solange die Verteidigung noch andauert, muß die Bestellung zurückgenommen werden. Denn er darf bei seinem Ausbildungsrichter nicht nur nicht zum Pflichtverteidiger bestellt werden, sondern kann vor ihm niemals als Pflichtverteidiger auftreten, da immer die Möglichkeit einer Beeinflussung durch dasAusbildungsverhältnis besteht.

4) Weiter darf ein Referendar nach § 142 II immer nur für den ersten Rechtszug bestellt werden und dies auch nur in den Fällen, in denen die Notwendigkeit der Verteidigung ausschließlich auf § 140 I Nr. 2, 4, 5 und 7 sowie auf § 140 II beruht. Er kann daher dem Beschuldigten immer nur für ein Verfahren vor dem Einzelrichter oder dem Schöffengericht als Pflichtverteidiger beigeordnet werden und hier nur in Strafsachen, die ein anderes Verbrechen als ein Rückfallverbrechen zum Gegenstand haben, bei denen sich die Notwendigkeit der Verteidigung aus der langen Dauer der Untersuchungshaft oder der Unterbringung, der Schwere der Tat oder der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage ergibt, in denen der Beschuldigte taub oder stumm ist, in denen er an der Hauptverhandlung nicht teilnimmt oder in denen er sich aus einem anderen Grunde nicht selbst verteidigen kann. Sinn dieser Beschränkungen ist es, dem Beschuldigten zumindest in schwereren Fällen und vor den höheren Gerichten die Unterstützung eines voll ausgebildeten Rechtskundigen, eben eines Rechtsanwalts, zu sichern und seine Verteidigung zumindest insoweit nicht einem noch in Ausbildung befindlichen und in der Regel noch unerfahrenen

4) Leitfaden, Reißfelder, S. 35; Kleinknecht JZ 65, 154. Breithaupt NJW 65, 575/6; vgl. auch Verhandlungen des Deutschen Bundestags a. aO. S. 3112 f. MdB Schlee, S. 3114 MdB Dr. Kanka

5) KMR 1b (2) a zu 142

Referendar zu überlassen.

Ergibt sich erst im Laufe des Verfahrens, daß die Verteidigung nicht nur aus einem der in § 142 II aufgezählten Gründe notwendig ist, ist die Bestellung des Referendars zurückzunehmen und dem Beschuldigten ein Rechtsanwalt als Pflichtverteidiger beizuordnen.[5] Denn nicht nur im Zeitpunkt der Bestellung, sondern während der ganzen Dauer der Verteidigung muß ein Pflichtverteidiger eine notwendige Verteidigung führen können. In den Fällen des § 140 I Nr. 1, 3 und 6 kann dies aber eben nur ein Rechtsanwalt oder ein Hochschullehrer, nicht aber ein Referendar.

5) Die Bestellung eines Referendars anstelle eines Rechtsanwalts ist auch in dem in § 140 II aufgezählten Fällen der notwendigen Verteidigung nicht immer möglich. § 142 sagt zwar nicht ausdrücklich, daß dem Beschuldigten auch in diesen Fällen grundsätzlich ein Rechtsanwalt als Pflichtverteidiger zu bestellen ist und daß die Bestellung eines Referendars nur ausnahmsweise möglich ist. Aus seinem Aufbau und insbesondere aus den Beschränkungen des § 142 II ist aber zu entnehmen, daß ein Referendar nur in leichteren und einfacheren Fällen bestellt werden soll.[6] Leichter und einfacher in diesem Sinn sind nun aber keineswegs alle Strafsachen, in denen die Verteidigung nach § 140 I Nr. 2, 4, 5 und 7 sowie II notwendig ist. Im Einzelfall kann und wird vielmehr häufig auch hier die Verteidigung genau so schwierig oder sogar noch schwieriger sein wie in den übrigen Fällen der notwendigen Verteidigung. Man kann nun nicht annehmen, daß ein Referendar dann als Pflichtverteidiger in Betracht kommt. Vielmehr ist davon auszugehen, daß dann grundsätzlich nur ein Rechtsanwalt auszuwählen ist.

6) Trotz der Einschränkungen ist die durch § 142 II eröffnete Möglichkeit, Referendare zu Pflichtverteidigern zu bestellen, nicht befriedigend. Die Aufgabe eines notwendigen Verteidigers ist so bedeutsam, daß Referendare überhaupt ausgeschlossen werden sollten. Bei notwendiger Verteidigung soll dem Beschuldigten ein Verteidiger zur Seite stehen, der ein Gegengewicht

---

6) LR II 1 zu 141, Kern S. 72; unklar hier Eb. Schmidt (LK II 8 zu 141), der hinsichtlich der in § 142 II a.F. aufgezählten Personen die Meinung vertritt, sie ständen keineswegs subsidiär hinter den Rechtsanwälten. Wie sich aus der Bezugnahme auf RG 30, 330 (332) und aus Rd.-Nr. 11 ergibt, ist dies aber wohl lediglich so gemeint, daß der Vorsitzende auch dann einen Referendar bestellen kann, wenn ein Rechtsanwalt vorhanden ist.

gegenüber der Staatsanwaltschaft zu bilden vermag. Dazu ist aber erforderlich, daß der Verteidiger in Stand, Ausbildung und Erfahrung Gericht und Staatsanwaltschaft in etwa gleichkommt. Die Ausbildung eines Referendars ist aber noch nicht abgeschlossen, und forensische Erfahrung besitzt er im allgemeinen nicht oder nur in geringem Maße. Zudem steht er selbst dem Richter, dem er nicht zur Ausbildung überwiesen ist, und dem Staatsanwalt nicht als Gleichgestellter gegenüber, sondern eben als Referendar, als noch in Ausbildung befindlicher "Anfänger". Daß ein Referendar sich unter diesen Umständen gegenüber der Autorität des Richters und des Staatsanwalts durchzusetzen und die Rechte des Beschuldigten bestmöglich zu wahren vermag, ist zumindest in höchstem Maße zweifelhaft. Im Normalfall ist es sicher nicht zutreffend.

Demgegenüber kann auch nicht eingewandt werden, die Ausbildung des Referendars verlange, ihm Gelegenheit zum Sammeln praktischer Erfahrungen zu geben[7]. Gewiß sollte die Ausbildung eines Referendars nicht auf die Durchsicht alter Akten, die Anfertigung schriftlicher Gutachten und Urteilsentwürfe und das Anhören mündlicher Verhandlungen beschränkt sein. Dies rechtfertigt aber keineswegs, die Verteidigung eines Beschuldigten zu einer Art Experimentierfeld für einen Referendar zu machen. Die gegebene Gelegenheit für die praktische Betätigung eines Referendars sind die Ausbildungsstationen bei der Staatsanwaltschaft und beim Rechtsanwalt. Hier kann der Referendar unter Aufsicht des Staatsanwalts bzw. des Rechtsanwalts Sitzungsvertreter bzw. Verteidiger sein und so praktische Erfahrungen sammeln. Daß das Ausbildungsziel dadurch sogar weitaus besser erreicht werden kann, bedarf keiner Erörterung.

Für die Zulassung der Referendare zur Pflichtverteidigung kann auch nicht vorgebracht werden, Referendare könnten aus Begeisterung für die Sache möglicherweise bessere Verteidiger sein als Anwälte, die eine Pflichtverteidigung nur mit halbem Herzen und nur aus der Routine heraus führen. In vielen Fällen mag dies sicherlich zutreffen. Es ist aber lediglich ein Vorwurf gegen die Rechtsanwaltschaft bzw. die betreffenden Rechtsanwälte, nicht aber eine Rechtfertigung für die Zulassung der Referendare. Denn ausgeschlossen werden kann in keinem Fall, daß der nicht vollausgebildete und unerfahrene Referendar trotz aller Begeisterung für die Sache und des besten Willens die Anforderungen, die an einen Verteidiger zu stellen sind, nicht erfüllen und damit die Rechte des Beschuldigten nicht genügend wahren kann.

---

7) LR II 4a zu 141

Es ist daher bedauerlich, daß der Gesetzgeber sich bei den Beratungen und dem Erlaß des StPÄG nur zu der Kompromißlösung, Justizbeamte künftig von der Pflichtverteidigung auszuschließen und Referendare nur noch in beschränktem Umfang zuzulassen, entschließen konnte[8]. Es bleibt nur zu wünschen, daß der Gesetzgeber diese Entscheidung bald korrigiert und Referendare völlig von der Pflichtverteidigung ausschließt. Zumindest sollte die Bestellung eines Referendars an die Zustimmung des Beschuldigten gebunden werden - wie ja auch seine Zustimmung erforderlich ist, wenn ein Wahlverteidiger sich durch einen Referendar vertreten lassen will[9] -, damit dieser sich nicht benachteiligt fühlt und das Vertrauen zur Rechtspflege verliert.

8) Leitfaden, Reißfelder, S. 35; vgl. auch Verhandlungen des Deutschen Bundestags a.a.O., S. 3112 ff.

9) § 139

§ 24 2. Abschnitt: Die Auswahl des Pflichtverteidigers

I. Die Auswahl durch den Vorsitzenden

1) In den Fällen der notwendigen Verteidigung nach § 140 ist die Auswahl des zu bestellenden Verteidigers gem. § 142 immer Sache des Vorsitzenden des Gerichts. Zuständig ist stets der Vorsitzende, der auch über die Bestellung des Pflichtverteidigers zu entscheiden hat[1]. § 142 sagt dies zwar nicht ausdrücklich. Es ist jedoch selbstverständlich, daß der Vorsitzende, der die Auswahl des zu bestellenden Verteidigers zu treffen hat, kein anderer sein kann als derjenige, der entscheidet, ob überhaupt ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist.

Nicht nur in den Fällen des § 140, sondern in allen Fällen der notwendigen Verteidigung ist der Vorsitzende allein zur Auswahl zuständig. In §§ 117 IV, 118a II und 126a II ist eine entsprechende Anwendung des § 142 vom Gesetz selbst ausdrücklich vorgeschrieben. Daß § 142 auch in den Fällen der notwendigen Verteidigung nach § 68 JGG anzuwenden ist, ergibt sich aus § 2 JGG[2]. Keine ausdrückliche Regelung über die Zuständigkeit zur Auswahl des Pflichtverteidigers enthalten dagegen die §§ 81 II und § 350 III. Daraus jedoch, daß auch in diesen beiden Fällen allein der Vorsitzende des mit der Sache befaßten Gerichts für die Entscheidung über die Verteidigerbestellung zuständig ist[2], muß geschlossen werden, daß er wie in allen anderen Fällen auch allein den zu bestellenden Verteidiger auszuwählen hat.

2) Die Auswahl aus dem Personenkreis des § 142 hat der Vorsitzende nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen. Maßgeblich ist dabei stets das objektiv zu bewertende Verteidigungsinteresse des Beschuldigten. Denn der Vorsitzende ist verpflichtet, für die Mitwirkung eines geeigneten und der Sache gewachsenen Pflichtverteidigers zu sorgen. Bei der Auswahl hat er daher von Sinn, Zweck und Aufgabe der Verteidigung auszugehen und die diesbezüglichen Auffassungen der Strafprozeßordnung seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Von sachfremden Erwägungen oder einer rein subjektiv-persönlichen Wertung darf er sich nicht leiten lassen[3].

So hat der Vorsitzende bei der Auswahl vor allem die Lage des konkreten Falls, also die Schwere der Tat und die zu erwartenden Folgen, die rechtlichen

---

1) vgl. unten § 25

2) Dallinger-Lackner 16 zu 68 JGG

3) LK II 10 und 11 zu 142, LR II 1 zu 141, KMR 2 zu 142

oder tatsächlichen Schwierigkeiten der Sache und die Person des Beschuldigten zu berücksichtigen. Keine Rücksicht dagegen darf er darauf nehmen, ob er selbst glaubt, der Beschuldigte werde mit Sicherheit überführt werden oder das Belastungsmaterial werde vermutlich nicht ausreichen. Über diese Fragen ist erst im Urteil zu entscheiden, nicht schon bei der Auswahl des Verteidigers, zumal auch ein schuldiger Beschuldigter Anspruch auf eine ordnungsgemäße Verteidigung hat und sich nicht mit einer nur formellen Verteidigung durch einen der Sache nicht gewachsenen Pflichtverteidiger begnügen muß.

Der Vorsitzende hat auch immer zu prüfen, ob der von ihm in Aussicht genommene Pflichtverteidiger über die notwendigen Kenntnisse, seien sie rechtlicher oder anderer Art, und die erforderliche Erfahrung verfügt. Weiß er, daß ein Rechtsanwalt arbeitsmäßig überlastet ist, hat er sich insbesondere auch zu fragen, ob jener bei einer Bestellung zum Pflichtverteidiger die erforderliche Zeit zur ausreichenden Vorbereitung und damit zur sachgerechten Führung der Verteidigung aufbringen kann oder ob nicht vielmehr die Gefahr besteht, jener werde die Pflichtverteidigung nur rein routinemäßig und in einer der Bedeutung des Falls nicht gerecht werdenden Weise führen. Auf die Unterbeschäftigung eines Rechtsanwalts darf er dagegen bei der Auswahl nicht insofern Rücksicht nehmen, als er jenem durch die Übertragung wenigstens diese Einnahme sichern will. Ebenso darf er einen Rechtsanwalt, dessen Kanzlei sich noch im Aufbau befindet, nicht nur deshalb zum Pflichtverteidiger bestellen, weil er ihm über die Anfangsschwierigkeiten hinweghelfen will. Eine Verteidigerbestellung aus derartigen Gründen wäre ermessenswidrig, da sie sich nicht auf die Eignung des Rechtsanwalts, sondern auf sachfremde Gesichtspunkte stützt.

Vor allem hat der Vorsitzende auch stets zu prüfen, ob der von ihm in Aussicht genommene Pflichtverteidiger allgemein und im konkreten Fall fähig ist, die Verteidigung zu führen. Denn er darf keine Person bestellen, die unfähig ist, Verteidiger zu sein, da der Beschuldigte andernfalls nicht ordnungsgemäß verteidigt wäre.[4] Ebenso sollte der Vorsitzende auch niemals einen Rechtsanwalt auswählen, wenn er zwar dessen Unfähigkeit nicht mit Sicherheit als gegeben ansieht, aber doch Zweifel hat, ob jenem nicht möglicherweise die Verteidigungsbefugnis zu entziehen wäre.

---

4) LR II 1 zu 141, KMR 2 zu 142

Selbst wenn aber ein Ausschließungsgrund nicht ersichtlich ist und auch keinerlei Anhaltspunkte für das Vorliegen eines solchen vorhanden sind, hat der Vorsitzende darauf zu achten, ob der in Aussicht genommene Pflichtverteidiger nicht dem Beschuldigten gegenüber befangen oder gar voreingenommen ist. Zu denken ist hier beispielsweise daran, daß der in Aussicht genommene Pflichtverteidiger durch die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat selbst verletzt worden ist oder doch zumindest in einem nahen Verhältnis zu dem Verletzten steht oder daß zwischen dem in Betracht kommenden Verteidiger und dem Beschuldigten aus irgendeinem Grunde ein Spannungsverhältnis besteht, das von vornherein das Aufkommen eines Vertrauensverhältnisses verhindert. Denn in derartigen Fällen besteht immer die Möglichkeit, daß der Verteidiger die Interessen des Beschuldigten nicht in jeder Beziehung wahrnimmt. Der Vorsitzende hat daher stets zu fragen, ob und gegebenenfalls in welchem Verhältnis der von ihm ins Auge gefaßte Verteidiger zu der Sache selbst, zu dem Beschuldigten und zu dem Verletzten steht.

Ferner hat er auch immer die Wünsche und Einwendungen des Beschuldigten hinsichtlich der Auswahl des Pflichtverteidigers zu berücksichtigen. Denn der Beschuldigte hat zwar keinen Anspruch auf die Bestellung eines bestimmten, von ihm selbst ausgewählten Pflichtverteidigers, doch sollte ihm nach Möglichkeit stets der Verteidiger seines Vertrauens beigeordnet werden.[5]

Erscheint dem Vorsitzenden im konkreten Fall irgendjemand besonders geeignet als Verteidiger, darf er nicht von dessen Bestellung absehen, weil er aus Erfahrung aus früheren Verfahren weiß, daß jener ihm in der Hauptverhandlung Schwierigkeiten bereiten wird. Der Vorsitzende hat dafür Sorge zu tragen, daß die Rechte des Beschuldigten möglichst umfassend durch den Verteidiger gewahrt werden. Bei der Auswahl darf er daher nicht danach trachten, einen Verteidiger zu finden von dem er erwarten kann, daß er die Verteidigung im Sinne des Gerichts und in Übereinstimmung mit diesem führen wird. Nicht das Gericht, sondern der Verteidiger hat zu bestimmen, wie die Verteidigung zu führen ist. Daher darf der Vorsitzende keine Rücksicht darauf nehmen, ob ein Verteidiger möglicherweise unbequem sein und die Interessen des Beschuldigten im Widerspruch zu der Auffassung des Gerichts bzw. seiner eigenen verfolgen wird.

5) vgl. unten II

Überhaupt sollte der Vorsitzende immer bemüht sein, nur solche Personen als Pflichtverteidiger auszuwählen, die sich in keiner Weise dadurch beeinflussen lassen, daß sie nicht von dem Beschuldigten selbst gewählt, sondern durch den Vorsitzenden bestellt worden sind. Es besteht immer die Gefahr, daß ein Pflichtverteidiger dem Gericht nicht in dem zur Wahrnehmung der Rechte des Beschuldigten notwendigen Maße widerspricht, weil er sich dem Gericht gegenüber auf Grund der Bestellung abhängig fühlt oder weil er einen möglichst günstigen Eindruck machen will, um möglichst oft wieder bestellt zu werden. Diese Gefahr kann nur dadurch verringert werden, daß der Vorsitzende immer den unbeeinflußbaren Verteidiger, selbst wenn er möglicherweise unbequem ist, demjenigen vorzieht, der sich durch die Bestellung in der Führung seiner Verteidigung beeinflussen läßt.

3) In den Fällen, in denen der Vorsitzende die Bestellung eines Referendars in Betracht zieht, hat er zusätzlich zu prüfen, ob dessen Ausbildungsstand ausreicht, um die Verteidigung ordnungsgemäß zu führen. Nur wenn dies zu bejahen ist, kommt die Bestellung eines Referendars anstelle eines Rechtsanwalts überhaupt in Betracht. Vielfach wird ein Referendar von vornherein als ungeeignet anzusehen sein. Beispielsweise wird er in einem Verfahren vor dem erweiterten Schöffengericht wohl niemals zum Pflichtverteidiger bestellt werden können. Wenn nämlich ein Richter eine Sache wegen ihres Umfangs nicht allein bearbeiten kann, ist ein Referendar, der im Gegensatz zu ihm noch nicht einmal voll ausgebildet ist und auch keinesfalls über dessen berufliche Erfahrungen verfügt, wohl kaum in der Lage, die Verteidigung sachgemäß zu führen.

Weiter wird die Bestellung eines Referendars in einem Strafverfahren gegen einen Jugendlichen oder Heranwachsenden grundsätzlich nicht möglich sein. Im Jugendstrafverfahren sind Erfahrungen im Umgang mit Jugendlichen und erzieherische Befähigung unerläßliche Voraussetzungen für die Übernahme des Verteidigeramts[6]. Selbst viele Rechtsanwälte sind diesen Anforderungen nicht gewachsen, und umso weniger ist es ein Referendar, der ja in der Regel selbst noch ziemlich jung ist und daher kaum über nennenswerte Erfahrung in dieser Hinsicht verfügen kann.

Ähnlich wird die Bestellung eines Referendars regelmäßig nicht möglich sein, wenn für eine wirkungsvolle Verteidigung Kenntnisse erforderlich sind auf einem Rechtsgebiet, das im Rahmen der normalen juristischen Ausbildung

6) Dallinger-Lackner 16 zu § 68 JGG

eine untergeordnete Rolle spielt wie etwa Wirtschaftsstrafrecht. Denn im Regelfall wird ein Referendar über diese Kenntnisse nicht verfügen. Gleiches gilt, wenn besondere Erfahrungen oder Kenntnisse auf einem außerrechtlichen Gebiet in einem Strafverfahren von Bedeutung sind, wenn also beispielsweise über die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Beschuldigten nur mit Hilfe eines medizinisch-psychologischen Sachverständigen entschieden werden kann. Den dann an den Verteidiger gestellten Anforderungen wird ein Referendar nur selten gerecht werden können, so daß seine Bestellung nur ganz ausnahmsweise möglich sein wird.

II. Die Einflußnahme des Beschuldigten auf die Auswahl

1) An den Willen des Beschuldigten ist der Vorsitzende bei der Auswahl des zu bestellenden Verteidigers nach den Vorschriften der StPO nicht gebunden[1]. Diese Regelung ist mit dem geltenden Verfassungsrecht durchaus zu vereinbaren. Art 103 I GG gewährleistet zwar, daß ein Beschuldigter einen Verteidiger seines Vertrauens wählen kann und gebietet darüberhinaus auch, daß dem Beschuldigten, falls er selbst zu einer sachgerechten und umfassenden Stellungnahme zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen nicht imstande ist und auch selbst keinen Verteidiger hinzuziehen kann, durch die Bestellung eines Pflichtverteidigers die Möglichkeit zu einer ordnungsgemäßen und wirkungsvollen Verteidigung eröffnet wird, falls eine Selbstverteidigung unzureichend ist. Ein Anspruch auf Bestellung eines von dem Beschuldigten ausgewählten Pflichtverteidigers läßt sich daraus aber nicht herleiten. Bei der Bestellung eines Pflichtverteidigers handelt es sich um eine Maßnahme staatlicher Fürsorge, durch die sichergestellt werden soll, daß das Strafverfahren ordnungsgemäß durchgeführt und daß auch der Beschuldigte, der von seinem Recht auf freie Wahl eines Verteidigers keinen Gebrauch macht, verteidigt wird. Dieses Ziel wird aber schon dadurch erreicht, daß dem Beschuldigten irgendeine Person, die den im konkreten Fall an den Verteidiger gestellten Anforderungen gerecht werden kann, als Pflichtverteidiger beigeordnet wird. Da dadurch aber bereits einerseits eine ausreichende Verteidigung des Beschuldigten gewährleistet ist und andererseits der Beschuldigte das Recht hat, sich selbst einen Verteidiger zu wählen und damit die Rücknahme der Bestellung eines ihm nicht genehmen Pflichtverteidigers zu erzwingen, bestehen keine Bedenken dagegen, daß dem Vorsitzenden Entscheidungen über die Person des Pflichtverteidigers vorbehalten ist.[2]

2) Daß der Beschuldigte keinen Anspruch auf die Bestellung eines von ihm selbst ausgesuchten Verteidigers hat, bedeutet nun aber keineswegs, daß der Vorsitzende seine Wünsche und Vorstellungen hinsichtlich der Person des Pflichtverteidigers außer Acht lassen darf. Durch die Beiordnung eines Pflichtverteidigers soll nach dem Willen des Gesetzgebers dem Beschuldigten, der selbst keinen Verteidiger wählt, grundsätzlich der gleiche Rechtsschutz zuteil werden wie dem Beschuldigten, der einen Wahlverteidiger

1) LK II 10 zu 142, KMR 2 zu 142

2) Peters, S. 188; BVerfGE 1, 108 (114) (zu § 114 ff. ZPO; hinsichtlich des Armenanwalts) und 9, 36; auch nach Art. 6 III c MRK hat der Beschuldigte keinen Anspruch auf Bestellung eines von ihm selbst gewählten Verteidigers, da der ihm insoweit gewährte Schutz nicht über das sonstige deutsche Recht, insbe-

Fortsetzg. Seite 206, unten

hinzuzieht. Nach Möglichkeit hat der Vorsitzende daher den Wünschen des Beschuldigten zu entsprechen und ihm den von ihm selbst gewählten Verteidiger seines Vertrauens beizuordnen[3]. Das Vertrauen des Beschuldigten zu seinem Verteidiger stellt eine besond. wichtige Voraussetzung für eine gute und sachdienliche Verteidigung dar. Ist dies Vertrauen daher schon vorhanden - wie aus dem Wunsch eines Beschuldigten nach der Bestellung eines bestimmten Pflichtverteidigers zu entnehmen ist -, sollte der Vorsitzende nur dann einen anderen als den vorgeschlagenen Verteidiger bestellen, wenn wirklich wichtige Gründe dafür vorliegen[4].

Beantragt der Beschuldigte daher etwa, seinen bisherigen Wahlverteidiger zum Pflichtverteidiger zu bestellen, kann der Vorsitzende nicht einen anderen Verteidiger auswählen aus der allgemeinen Erwägung heraus, das Institut der Pflichtverteidigung könne dazu benutzt werden, die Kosten der Verteidigung auf den Staat abzuwälzen[5]. Das Gesetz hat bei der Regelung der notwendigen Verteidigung die finanzielle Lage des Beschuldigten völlig außer Acht gelassen. Selbst der Beschuldigte, der die Kosten für einen Wahlverteidiger ohne jede Schwierigkeit aufbringen kann, hat einen Anspruch auf einen Pflichtverteidiger. Ein Mißbrauch kann daher garnicht vorliegen, wenn ein Beschuldigter seinen Wahlverteidiger entläßt und dessen Bestellung zum Pflichtverteidiger beantragt. Denn sein Wunsch, einen bestimmten Pflichtverteidiger zu erhalten, stellt für sich allein keineswegs einen Mißbrauch dar, und ein Recht auf einen Pflichtverteidiger hat er nach der Entlassung des Wahlverteidigers in jedem Fall[6]. Sind daher keine anderen Gründe für die Bestellung eines anderen Verteidigers vorhanden, muß der Vorsitzende dem Wunsch des Beschuldigten entsprechen. Weiß der Vorsitzende allerdings, daß der Wahlverteidiger durch die Entlassung verärgert ist, sollte er stets auch entgegen dem Wunsch des Beschuldigten von dessen Bestellung absehen, da er dann damit rechnen kann, daß er die Verteidigung nach der Bestellung möglicherweise nicht mit vollem Einsatz führen wird.

Fortsetzg. der Fußn. 2) von Seite 205:
sondere Art. 103 I GG, hinausgeht (Schorn MRK 5 zu Art. 6 III c, Wiebringhaus, Rom-Konvention III 3 D zu Art. 6 (S. 86), Schwarz StPO 10 zu Art. 6 MRK, BVerfG NJW 59, 571, EurKomMR, Entsch. v. 30.5.56 über die Beschwerde Nr. 127/55)

3) LK II 10 zu 142, LR II 1 zu 141, KMR 2 zu 141, Peters S. 188

4) so schon Löwenstein JW 31, 1098

5) KG JR 57, 469

6) Sarstedt JR 57, 469

Besonders schwierig ist die Entscheidung für den Vorsitzenden, wenn er den von dem Beschuldigten vorgeschlagenen Verteidiger für weniger geeignet hält als einen anderen. Er muß dann abwägen, ob für die Verteidigung das bereits bestehende Vertrauensverhältnis wichtiger ist oder die größere Eignung. Zweckmäßig wird hier sein, dem Beschuldigten die Lage auseinander zu setzen. Beharrt jener auf seinem Wunsch, sollte der Vorsitzende ihm entsprechen und den vorgeschlagenen Verteidiger bestellen. Denn fehlende Fähigkeiten eines Verteidigers kann der Vorsitzende selbst immer noch ausgleichen, während er das Vertrauen des Beschuldigten zu einem anderen Verteidiger nicht erzwingen kann.

Hält der Vorsitzende allerdings einen vom Beschuldigten vorgeschlagenen Verteidiger für ungeeignet oder sogar unfähig, die Verteidigung zu führen, darf er dem Wunsch des Beschuldigten nicht entsprechen, sondern muß einen anderen Verteidiger bestellen. Denn er muß für die Mitwirkung eines Verteidigers, der der Sache gewachsen ist, Sorge tragen, und demgegenüber muß der Wunsch des Beschuldigten nach einem bestimmten Verteidiger zurücktreten.

Wünscht der Beschuldigte zwar nicht die Mitwirkung eines bestimmten Verteidigers, erhebt er aber gegen den vom Vorsitzenden in Aussicht genommenen Verteidiger Einwendungen, sollte dessen Bestellung nach Möglichkeit unterbleiben. Denn ein Vertrauensverhältnis zwischen Beschuldigtem und Verteidiger, das im Interesse einer möglichst umfassenden Verteidigung stets erreicht werden sollte, ist meist ausgeschlossen, wenn dem Beschuldigten ein von ihm abgelehnter Verteidiger beigeordnet wird.

Will beispielsweise der Vorsitzende den bisherigen Wahlverteidiger des Beschuldigten, den jener entlassen hatte, zum Pflichtverteidiger bestellen, wendet aber der Beschuldigte dagegen ein, er wünsche einen anderen Verteidiger, wird der Vorsitzende dem entsprechen müssen[7]. Denn auf Grund der Einwendungen des Beschuldigten muß der Vorsitzende annehmen, daß das ursprünglich möglicherweise vorhanden gewesene Vertrauensverhältnis endgültig gestört ist. Gleiches gilt, wenn nicht der Beschuldigte seinen bisherigen Wahlverteidiger entlassen hatte, sondern dieser selbst von sich aus aus dem Amt ausgeschieden war.

---

7) LK II 10 zu 145, LR 5e zu 145, KMR 3a (3) zu 145 (s. a. OLG Freiburg DRZ 1950, 547)

Überhaupt wird die Bestellung eines Pflichtverteidigers regelmäßig nicht in Betracht kommen, wenn auch nur vom Standpunkt des Beschuldigten aus Gründe vorliegen, an der Eignung oder Unbefangenheit dieses Verteidigers zu zweifeln, zum Beispiel, weil jener den Beschuldigten bereits in einem anderen Verfahren aus dessen Sicht "erfolglos" verteidigt hat oder weil es zwischen beiden schon früher aus anderen Gründen zu Meinungsverschiedenheiten oder sogar zu Streit gekommen ist. Denn selbst wenn die Zweifel des Beschuldigten hinsichtlich der Eignung und Unbefangenheit des Verteidigers völlig unbegründet sind, wird er bei seiner Einstellung wohl nie zu diesem Verteidiger Vertrauen fassen und mit ihm zusammenarbeiten.

Erhebt der Beschuldigte aber nur allgemeine Einwendungen gegen den in Aussicht genommenen Verteidiger, will er beispielsweise nur anstelle eines jüngeren Rechtsanwalts einen älteren und erfahreneren, anstelle eines unbekannten Rechtsanwalts einen solchen mit großem Ruf oder anstelle eines Referendars einen Rechtsanwalt als Pflichtverteidiger beigeordnet bekommen, braucht der Vorsitzende diesen Wünschen nicht zu entsprechen, sofern er selbst den Verteidiger für genügend geeignet hält. Denn derartig allgemeine Einwendungen des Beschuldigten sind belanglos, da grundsätzlich jede der in § 142 genannten Personen als Verteidiger bestellt werden kann und der Vorsitzende unter ihnen frei auswählen kann, falls nicht besondere Gründe für oder gegen die Auswahl eines bestimmten Verteidigers sprechen[8].
Dies befreit den Vorsitzenden allerdings nicht davon, auch derartige allgemeine Einwendungen des Beschuldigten zu würdigen. Dies gilt umso mehr, als sich aus jedem Vorbringen des Beschuldigten Anhaltspunkte für die fehlende Eignung oder sogar die Unfähigkeit des in Aussicht genommenen Pflichtverteidigers ergeben können.[9]

3) Ebenso wie der Beschuldigte keinen Anspruch auf die Bestellung eines von ihm ausgewählten Verteidigers hat, hat er auch kein Recht, einen ihm bereits bestellten Pflichtverteidiger abzulehnen[10]. Dabei ist ohne Bedeutung, ob der Beschuldigte vor der Bestellung angehört worden ist oder nicht und ob die Bestellung entgegen seinem ausdrücklichen Wunsch erfolgt ist oder ob sich die Gründe für die Ablehnung des Verteidigers erst im Laufe des Verfahrens ergeben. Da dem Beschuldigten jedoch möglichst ein Verteidiger seines Vertrauens zur Seite stehen soll, muß der Vorsitzende jeden Einwand gegen

---

8) LK II 11 zu 142, LR II 2 zu 141, RG 33, 330 (332)
9) LK II 10 zu 141
10) LK II 10 zu 141, RG JW 31, 1098

einen bereits bestellten Pflichtverteidiger berücksichtigen und prüfen, ob nicht eine Rücknahme der Bestellung und eine Neubestellung geboten ist, um dem Beschuldigten den Beistand eines Verteidigers seines Vertrauens zu sichern oder ihn , sofern er auf die Mitwirkung eines bestimmten Verteidigers keinen Wert legt, doch zumindest von dem Verteidiger zu befreien, mit dem er unzufrieden ist oder dem er mißtraut.

Rücknahme und Neubestellung kommen allerdings nur dann in Betracht, wenn von dem Beschuldigten Gründe geltend gemacht werden, die wirkliche Zweifel an der Eignung oder Fähigkeit des Verteidigers aufkommen lassen. Stets muß der Vorsitzende dabei beachten, welche Folgen Rücknahme und Neubestellung für das Verfahren haben. Erhebt der Beschuldigte etwa begründete Einwendungen unmittelbar nach der Bestellung, sollte der Vorsitzende ihnen regelmäßig stattgeben, wenn dadurch erreicht werden kann, daß dem Beschuldigten künftig ein Verteidiger seines Vertrauens zur Seite steht. Dies gilt selbst dann, wenn der Pflichtverteidiger erst in der Hauptverhandlung bestellt worden ist. Denn eine sofortige Rücknahme und Neubestellung hat dann regelmäßig keine Auswirkung auf das Verfahren, da in jedem Fall ein neuer Verteidiger vorhanden ist. Macht der Beschuldigte die Ablehnungsgründe dagegen nicht sofort nach der Bestellung geltend, sondern erst, nachdem der Pflichtverteidiger sich bereits eingearbeitet und die Verteidigung schon einige Zeit geführt hat, werden sie in der Regel nur dann zu beachten sein, wenn sie erst in diesem Augenblick vom Beschuldigten vorgebracht werden können und wenn sie tatsächlich ernsthafte Zweifel an der Eignung oder Fähigkeit des Verteidigers begründen. Den anderenfalls ist dem Grundsatz der möglichst schnellen und ungestörten Durchführung des Verfahrens stets der Vorzug zu geben vor dem Grundsatz, daß dem Beschuldigten möglichst ein Verteidiger seines Vertrauens bestellt werden soll. Vor allem gilt dies, wenn der Beschuldigte die Einwendungen gegen seinen Pflichtverteidiger erst bei Beginn oder im Verlauf der Hauptverhandlung erhebt und bei einem Verteidigerwechsel eine Aussetzung der Hauptverhandlung nicht zu vermeiden wäre. Ergibt sich allerdings aus dem Vorbringen des Beschuldigten, daß der Pflichtverteidiger unfähig zur Führung der Verteidigung ist[11], hat der Vorsitzende selbst dann, wenn die Hauptverhandlung ausgesetzt werden muß, keine andere Möglichkeit als die der Rücknahme und Neubestellung. Denn durch einen unfähigen Verteidiger kann der Beschuldigte nicht verteidigt werden.

11) Zu denken ist etwa daran, daß sich aus dem Vorbringen des Beschuldigten ergibt, daß eine Interessenkollision im Sinne des § 146 besteht oder daß dem Verteidiger die Verteidigungsbefugnis zu entziehen ist, weil er selbst an der Tat beteiligt war.

III. Die Übernahmepflicht des Rechtsanwalts

1) Ein Rechtsanwalt ist stets verpflichtet, eine ihm übertragene Pflichtverteidigung zu übernehmen. Schon früher wurde diese Verpflichtung allgemein angenommen, obwohl weder die Strafprozeßordnung, noch die alte Rechtsanwaltsordnung vom 1. 6. 1878 eine ausdrückliche Regelung enthielten. [1] Heute sagt § 49 I BRAO eindeutig, daß ein Rechtsanwalt eine Verteidigung übernehmen muß, wenn er nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zum Pflichtverteidiger bestellt wird[2].

Da der Vorsitzende gem. § 142 I grundsätzlich jeden Rechtsanwalt, der an einem Gericht im Bundesgebiet zugelassen ist, zum Pflichtverteidiger bestellen kann, sind auch diejenigen Rechtsanwälte, die an einem Gericht außerhalb des Bezirks des Gerichts, dessen Vorsitzender die Auswahl trifft, zugelassen sind, zur Übernahme verpflichtet. Eine Ausnahme gilt lediglich hinsichtlich der am Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwälte. Da sie gem. § 172 BRAO nur vor den dort aufgezählten Gerichten auftreten dürfen, sind sie auch nur dann zur Übernahme einer Pflichtverteidigung verpflichtet, wenn sie von dem Vorsitzenden eines Strafsenats des Bundesgerichtshofs für ein vor diesem Gericht stattfindendes Strafverfahren zum Pflichtverteidiger bestellt werden[3].

---

1) LK II 6 zu 142, Kalsbach, Komm. 1 zu § 49 BRAO, amtl. Begründung zu § 49 BRAO; § 48 der RAO für die brit. Zone vom 10. 3. 1949 setzte eine Übernahmepflicht stillschweigend voraus, indem ausdrücklich nur gesagt wurde, der Rechtsanwalt könne die Bestellung nur aus wichtigen Gründen ablehnen (vgl. dazu Cüppers, RechtsAnwO für die brit. Zone S. 73 ff).

2) Mangels einer gesetzlichen Vorschrift besteht für Referendare dem Gericht gegenüber keine Verpflichtung zur Übernahme einer Pflichtverteidigung. Ob eine solche besteht, richtet sich vielmehr allein nach den für sie geltenden Dienstvorschriften. Zur Übernahme sind sie daher nur verpflichtet, wenn sie für ihre dienstliche Tätigkeit den Weisungen des bestellenden Vorsitzenden unterstehen oder wenn sie neben der Bestellung durch den Vorsitzenden von demjenigen, dessen Weisungen sie unterstehen, angewiesen werden, die Pflichtverteidigung zu führen.

3) vgl. § 23 I (oben)

2) Von der Verpflichtung zur Übernahme kann jedoch ein Rechtsanwalt im Einzelfall entbunden werden. Wenn wichtige Gründe für die Aufhebung der Bestellung vorliegen, kann er gem. § 49 II i. V. m. § 48 II BRAO beantragen, die Beiordnung zurückzunehmen.

Stets als auf einem wichtigen Grund beruhend ist ein Aufhebungsantrag anzusehen, wenn der zum Pflichtverteidiger bestellte Rechtsanwalt geltend macht, er dürfe nicht vor Gericht auftreten, nicht als Rechtsanwalt tätig werden oder den Beruf eines Rechtsanwalts nicht ausüben[4]. Denn dann darf er auch eine Pflichtverteidigung nicht führen.

Ein wichtiger Grund, der die Aufhebung der Bestellung rechtfertigt, ist darüberhinaus vor allem dann gegeben, wenn die Begründung oder Aufrechterhaltung eines Vertrauensverhältnisses zwischen Beschuldigtem und Anwalt nicht möglich ist.[5] Erste Voraussetzung für eine wirkungsvolle Verteidigung ist aus der Sicht des Verteidigers, daß der Beschuldigte ihm vertraut und mit ihm zusammenarbeitet. Ist dies nicht gewährleistet, kann einem Rechtsanwalt nicht zugemutet werden, die Pflichtverteidigung zu übernehmen bzw. fortzuführen. Aus welchem Grunde das Vertrauensverhältnis gestört ist, ist dabei ohne Bedeutung.

Ein Antrag auf Aufhebung der Bestellung kann auch darauf gestützt werden, daß ein Rechtsanwalt sich als ungeeignet zur Führung der Verteidigung erachtet[6], weil er zum Beispiel eine reine Zivilrechtspraxis hat und sich nie mit Strafsachen befaßt oder weil er sich einer umfangreichen und schwierigen Sache nicht gewachsen fühlt. Als begründet ist ein derartiger Antrag im allgemeinen aber nur dann anzusehen, wenn ein Rechtsanwalt tatsächlich nur auf einem Sondergebiet als spezialisierter "Fachanwalt" tätig ist oder wenn die Sache besondere Sachkunde und Erfahrung erfordert, deren Fehlen der Rechtsanwalt keinesfalls ausgleichen kann.

Letztlich kann ein Rechtsanwalt die Rücknahme der Bestellung auch beantragen mit der Begründung, er sei an der Übernahme der Verteidigung durch zu große arbeitsmäßige Belastung gehindert[7]. Dies gilt vor allem dann, wenn andere als die in § 142 I ausdrücklich genannten Rechtsanwälte zu Pflichtverteidigern bestellt werden. Da sie im allgemeinen nicht an einem Ort des Bezirks des Gerichts, vor dem sie zum Verteidiger bestellt werden, sondern

---

4) vgl. etwa §§ 45 ff, 155 BRAO
5) Kalsbach Komm. 2 zu § 49 BRAO
6) LK II 6 zu 142, Kalsbach, Komm. 2 zu § 49 BRAO
7) LR II 2 zu 141

an einem weiter entfernten Ort wohnen, führt die Übernahme der Pflichtverteidigung für sie in jedem Falle zu einer großen zeitlichen Inanspruchnahme, die einem Rechtsanwalt überhaupt nur dann zugemutet werden kann, wenn besonders zwingende Gründe gerade seine Beiordnung erfordern[8]. Ist ein auswärtiger Rechtsanwalt aber so ausgelastet, daß er die Zeit für die Übernahme der Verteidigung nicht aufbringen kann, ohne seine sonstige Praxis zu vernachlässigen, und beantragt er aus diesem Grunde die Rücknahme der Bestellung, wird diesem Antrag regelmäßig selbst dann zu entsprechen sein, wenn gerade er als Pflichtverteidiger in dem konkreten Fall besonders geeignet ist. Denn keinem Rechtsanwalt kann zugemutet werden, seine Praxis und damit die Grundlage seiner wirtschaftlichen Existenz durch die Übernahme einer Pflichtverteidigung an einem auswärtigen Gericht zu gefährden.

Dagegen kann kein Rechtsanwalt die Rücknahme der Bestellung verlangen, weil er durch die Übernahme gehindert ist, andere Aufträge anzunehmen. Die Rechtsanwaltsordnung enthält ebensowenig wie die Strafprozeßordnung irgendwelche Bestimmung, daß ein Rechtsanwalt nur dann zum Pflichtverteidiger bestellt werden kann, wenn er durch private Aufträge nicht ausgelastet ist. Eine derartige Bestimmung kann auch nicht aus § 49 BRAO entnommen werden. Aus der Stellung eines Rechtsanwalts als ein unabhängiges Organ der Rechtspflege[9] folgt vielmehr, daß er neben seiner freiberuflichen Tätigkeit auch stets für Pflichtverteidigungen zur Verfügung stehen muß, um dem Gericht die Möglichkeit zu geben, geeignete Pflichtverteidiger zu bestellen. Als Grund für die Rücknahme einer Verteidigerbestellung kann daher niemals gelten, daß einem Rechtsanwalt durch die Übernahme einer Pflichtverteidigung private Aufträge entgehen, zumal er ja auch eine Pflichtverteidigung nicht unentgeltlich führen muß. Ausnahmsweise kann allerdings auch ein so begründeter Antrag die Aufhebung der Bestellung erfordern, nämlich dann, wenn ein bestimmter Rechtsanwalt weitaus häufiger als die übrigen am Gericht zugelassenen Rechtsanwälte zur Pflichtverteidigung herangezogen wird. Da jeder Rechtsanwalt zur Übernahme von Pflichtverteidigungen verpflichtet ist, müssen alle im Gerichtsbezirk zugelassenen Rechtsanwälte nach Möglichkeit gleichmäßig zu Pflichtverteidigungen herangezogen werden. Denn sonst würde derjenige Rechtsanwalt, der unverhältnismäßig oft als Pflichtverteidiger ausgewählt wird, gegenüber den übrigen Anwälten erheblich benachteiligt werden, da er im Gegensatz zu diesen die in der

8) ähnlich LK II 6 zu 142

9) § 1 BRAO

Regel finanziell günstigeren und für den Bestand einer Anwaltspraxis wichtigeren privaten Aufträge nur in beschränktem Maße annehmen könnte. Mit der Begründung, er sei durch viele Pflichtverteidigungen überlastet, kann ein Rechtsanwalt daher durchaus die Rücknahme der Bestellung beantragen.

3) Macht ein Rechtsanwalt in einem Aufhebungsantrag einen wichtigen Grund im Sinne des § 48 II BRAO geltend, muß der Vorsitzende die Bestellung auch dann zurücknehmen, wenn er keinen gleich gut geeigneten Rechtsanwalt als neuen Pflichtverteidiger bestellen kann. Darüberhinaus sollte der Vorsitzende nach Möglichkeit einem Antrag auch dann stattgeben, wenn zwar ein wichtiger Grund für die Rücknahme der Bestellung nicht vorliegt, ein anderer gleich geeigneter Verteidiger aber ohne Schwierigkeiten bestellt werden kann. Jeder Rechtsanwalt ist zwar verpflichtet, eine Pflichtverteidigung mit der gleichen Sorgfalt zu führen, die er der Behandlung seiner privaten Aufträge widmet[10]. Aber ein Rechtsanwalt, der durch die Ablehnung seines Aufhebungsantrags gezwungen wird, eine Pflichtverteidigung entgegen seinem eigentlichen Willen zu übernehmen, wird sie in der Regel zumindest unbewußt nicht mit vollem Einsatz führen. Dann besteht aber die Gefahr, daß die Rechte des Beschuldigten nicht genügend gewahrt werden. Dieser Gefahr, die bei den ohnedies nicht besonders beliebten Pflichtverteidigungen sowieso stets besteht, sollte der Vorsitzende daher dadurch vorbeugen, daß er die Bestellung zurücknimmt und einen anderen Rechtsanwalt bestellt, der gleich geeignet ist und die Pflichtverteidigung bereitwillig übernimmt oder die Übernahme doch zumindest nicht ablehnt. Steht allerdings ein anderer geeigneter Rechtsanwalt nicht zur Verfügung, wird der Antrag auf Rücknahme der Bestellung regelmäßig abzulehnen sein, wenn kein wichtiger Grund für die Aufhebung geltend gemacht ist.

---

10) Kalsbach, Komm. 2 zu § 49 BRAO; vgl. auch Nr. 46 der Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs vom 11. 5. 57: "Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, der Behandlung der Armensachen und Pflichtverteidigungen die gleiche Sorgfalt zu widmen, die er bei der Erledigung der sonstigen Aufträge anzuwenden hat".

IV. Die Vertretung des Pflichtverteidigers

1) Das Amt des Pflichtverteidigers hängt immer an der Person dessen, der von dem Vorsitzenden bestellt worden ist[1]. Ähnlich wie ein Wahlverteidiger durch das Vertrauen des Beschuldigten, wird ein Pflichtverteidiger durch das Vertrauen des Vorsitzenden in sein Amt berufen. Für die Auswahl des Pflichtverteidigers ist ausschlaggebend der Wille des Vorsitzenden. Er bestellt im Einzelfall den Pflichtverteidiger, den er für besonders geeignet hält, die Verteidigung in diesem Fall zu führen. Könnte nun der Pflichtverteidiger ohne weiteres die Verteidigung durch Untervollmacht auf einen Vertreter übertragen, wäre keinesfalls sichergestellt, daß ein den Besonderheiten des Falls gewachsener Verteidiger an dem Verfahren mitwirkt. Denn es wäre niemals gewährleistet, daß der Vertreter ebenso geeignet zur Führung der Verteidigung ist wie der vom Vorsitzenden bestellte Pflichtverteidiger[2]. Zudem könnte sich der Pflichtverteidiger seiner Verpflichtung zur Übernahme der Pflichtverteidigung entziehen, wenn er diese auf einen Unterbevollmächtigten übertragen könnte[3]. Es ist daher davon auszugehen, daß sich der bestellte Pflichtverteidiger nicht ohne weiteres durch einen Unterbevollmächtigten vertreten lassen kann, sondern daß seine Bestellung sich stets nur auf seine Person beschränkt[4].

2) Eine Ausnahme gilt nicht einmal hinsichtlich des allgemeinen Vertreters eines Rechtsanwalts im Sinne des § 53 BRAO, gleichviel, ob er von dem Rechtsanwalt selbst oder von der Landesjustizverwaltung bestellt worden ist oder ob er Rechtsanwalt oder Referendar ist. Dem allgemeinen Vertreter stehen zwar gemäß § 53 VII BRAO die anwaltlichen Befugnisse des von ihm vertretenen Rechtsanwalts zu. Zum Teil wird daher die Auffassung vertreten, in der Bestellung eines Rechtsanwalts sei auch die seines allgemeinen Vertreters mit enthalten, zumindest dann, wenn dieser selbst Rechtsanwalt sei. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb eine unterschiedliche Behandlung eines allgemeinen Vertreters und eines sonstigen Unterbevollmächtigten berechtigt sein sollte. Nicht entscheidend kann sein, daß der allgemeine Vertreter, der selbst Rechtsanwalt ist, grundsätzlich selbst zum Pflichtverteidiger bestellt werden könnte. Denn dann müßte zumindest auch der Unterbevoll-

1) LR II 3 zu 141, KMR 5 zu 142
2) OLG Hamburg JW 32, 2182
3) LR II 3b zu 141
4) LR II 3 zu 141, KMR 5 zu 142, Pestalozza JW 32, 2182, OLG Braunschweig JW 32, 2181 und Rpfl. 56, 114. OLG Hamburg JW 32, 2182, KG JW 33, 1087. OLG Köln NJW 54, 124, OLG Hamm GA 1959, 379

mächtigte, der selbst Rechtsanwalt ist und daher ebenfalls immer zum Pflichtverteidiger bestellt werden könnte, eine ihm übertragene Pflichtverteidigung ohne weiteres anstelle des von ihm vertretenen Rechtsanwalts übernehmen können. Ein anderer Grund dafür, daß der allgemeine Vertreter im Gegensatz zu einem sonstigen Unterbevollmächtigten ohne weiteres bei einer Pflichtverteidigung für den vertretenen Rechtsanwalt auftreten kann, ist aber nicht ersichtlich. Denn eine Generalsubstitution vermag ebensowenig wie eine Unterbevollmächtigung im Einzelfall eine Gewähr dafür zu bieten, daß den Besonderheiten des konkreten Falls, wegen deren der Vorsitzende einen bestimmten Rechtsanwalt als Pflichtverteidiger auswählte, Rechnung getragen wird. Vielmehr ist auch bei einem allgemeinen Vertreter unklar, ob er die Verteidigung eben so gut und sachgemäß führen kann wie der von ihm vertretene Rechtsanwalt. Auch der allgemeine Vertreter eines Rechtsanwalts kann diesen daher nicht ohne weiteres bei Pflichtverteidigungen vertreten[6].

3) Daß sich die Bestellung immer nur auf die Person des von dem Vorsitzenden ausgewählten Verteidigers beschränkt, bedeutet aber nicht, daß ein Pflichtverteidiger sich niemals vertreten lassen kann. Da für die Auswahl des Pflichtverteidigers jedoch allein der Willensentschluß des Vorsitzenden maßgebend ist, bedarf das Auftreten eines Vertreters seiner Zustimmung[7]. Erteilt werden kann diese Zustimmung immer nur einem Vertreter aus dem Personenkreis des § 142 und nur unter den näheren Voraussetzungen dieser Bestimmung, da der Pflichtverteidiger immer aus diesem Kreis stammen muß[8].

Ist der bestellte Pflichtverteidiger Rechtsanwalt, kann er grundsätzlich durch jeden anderen Rechtsanwalt vertreten werden, gleichviel, ob dieser als allgemeiner Vertreter bestellt ist oder ob ihm die Pflichtverteidigung durch Untervollmacht übertragen worden ist. Einen Anspruch auf die Zustimmung des Vorsitzenden hat ein Vertreter jedoch nicht. Der Vorsitzende ist in der

---

6) so auch OLG Hamburg JW 32, 2182 mit zust. Anm. Pestalozza; ähnlich auch Dünnebier (LR II 3a zu 141), der zwar annimmt, der allgemeine Vertreter sei mitbestellt, der dem Vorsitzenden aber das Recht zugesteht, einen allgemeinen Vertreter, der ungeeignet ist, von der Pflichtverteidigung auszuschließen.

7) Einhellige Ansicht hinsichtlich eines für den Einzelfall Unterbevollmächtigten (KMR 5 zu 142, LR II 3d zu 141, RGR 10, 104, OLG Hamburg JW 32, 2182 und NJW 63, 2040, OLG Braunschweig JW 32, 2181 und Rpfl. 56, 114, KG JW 33, 1087, OLG Köln NJW 54, 124, OLG Stuttgart NJW 55, 1291, OLG Hamm GA 1959, 379); hinsichtlich des allgemeinen Vertreters aber umstritten (vgl. oben Anm. 6).

8) KMR 5 zu 142

Auswahl des Pflichtverteidigers frei und kann nicht gezwungen werden, einen ungeeigneten Verteidiger zulassen zu müssen[9]. Da einem Vertreter durch die Zustimmung des Vorsitzenden gestattet wird, für den Pflichtverteidiger aufzutreten, hat der Vorsitzende seine Eignung zu prüfen anhand der gleichen Maßstäbe, die er auch bei der Auswahl des Pflichtverteidigers anzulegen hat. Er hat also stets die Besonderheiten des Einzelfalls und etwaige Wünsche oder Einwendungen des Beschuldigten zu berücksichtigen.[10]

Ein Referendar kann dagegen grundsätzlich einen zum Pflichtverteidiger bestellten Rechtsanwalt nicht vertreten. In Betracht käme eine Vertretung allenfalls unter den Voraussetzungen des § 142 II, da ein Referendar nur unter diesen Voraussetzungen selbst zum Pflichtverteidiger bestellt werden könnte und daher überhaupt nur dann als Pflichtverteidiger auftreten kann.[11] Aber selbst in den Fällen des § 142 II ist die Übertragung einer Pflichtverteidigung auf einen Referendar nicht möglich. Nach § 139 kann zwar ein Rechtsanwalt auch eine notwendige Verteidigung auf einen Referendar übertragen, vorausgesetzt, daß der Beschuldigte zustimmt. § 139 gilt jedoch, wie sich aus dem Wortlaut eindeutig ergibt, nur für einen Wahlverteidiger[12]. Durch Untervollmacht kann ein Pflichtverteidiger die Verteidigung daher nicht auf einen Referendar übertragen. Dies gilt selbst hinsichtlich eines Referendars, der dem Rechtsanwalt zur Ausbildung überwiesen ist[13]. Es ist zwar zulässig und im Hinblick auf die Ausübung sogar als wünschenswert anzusehen, daß ein Rechtsanwalt seinem Stationsreferendar die Wahrnehmung der Verteidigeraufgaben überläßt, und zwar auch in Fällen notwendiger Verteidigung, wenn er Pflichtverteidiger ist. Übertragen darf er ihm die Pflichtverteidigung aber keineswegs. Er selbst ist für die Führung der Pflichtverteidigung verantwortlich und muß daher den Referendar bei der Wahrnehmung der Verteidigeraufgaben überwachen, um gegebenenfalls selbst einschreiten zu können. Dies folgt aus § 139, der keinerlei Ausnahme für den Stationsreferendar macht, sondern allein gestattet, daß ein Wahlverteidiger die Verteidigung an einen Referendar

9) OLG Hamburg JW 32, 2182

10) vgl. oben I, II

11) KMR 5 zu 142; vgl. auch oben § 23 II

12) LK II 6 zu 139, LR 2a zu 139, KMR 1a zu 139, BGH NJW 58, 1308 und 67, 165, OLG Köln NJW 54, 124

13) BGH NJW 58, 1308; a.A. LR II 3b zu 141, KMR 5 zu 142, Laman NJW 54, 797, OLG Braunschweig JW 32, 2181, OLG Stuttgart NJW 55, 1291, OLG Hamm GA 1959, 397

überträgt und damit dem Pflichtverteidiger verbietet, eine Pflichtverteidigung auf einen Referendar abzuwälzen. Daß ein Referendar selbst nach § 142 II zum Pflichtverteidiger bestellt werden könnte, steht nicht entgegen. § 142 II gestattet allein dem Vorsitzenden, einen Referendar zum Pflichtverteidiger zu bestellen. Hält jener aber einen Referendar nicht für geeignet, die Pflichtverteidigung zu übernehmen, und bestellt er deswegen einen Rechtsanwalt, kann dieser nicht entgegen der Entscheidung des Vorsitzenden die Pflichtverteidigung auf einen Referendar übertragen.

Dennoch kann in Ausnahmefällen eine Vertretung eines zum Pflichtverteidiger bestellten Rechtsanwalts durch einen Referendar in Betracht kommen. Ist nämlich ein Referendar als allgemeiner Vertreter eines Rechtsanwalts bestellt, hat er gem. § 53 VII die anwaltlichen Befugnisse des von ihm vertretenen Rechtsanwalts. Die auch dann erforderliche Zustimmung[14] zu der Vertretung in der Pflichtverteidigung wird der Vorsitzende allerdings in der Regel zu versagen haben. Der Vorsitzende hatte von vornherein die Möglichkeit, einen Referendar zum Pflichtverteidiger zu bestellen. Macht er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, weil er einen Referendar nicht als genügend geeignet zur Führung der Pflichtverteidigung ansieht, wird er einen Referendar grundsätzlich auch als allgemeinen Vertreter eines Rechtsanwalts nicht als Pflichtverteidiger zulassen können. Denn die Bestellung eines Referendars zum allgemeinen Vertreter beeinflußt seine Eignung in keiner Weise. Ausnahmen sind jedoch denkbar, so daß der Vorsitzende im Einzelfall auch einen Referendar als Vertreter zulassen kann. Stets sind dabei jedoch die Grenzen des § 142 II zu beachten. Als allgemeiner Vertreter hat ein Referendar zwar sämtliche Befugnisse des Rechtsanwalts, den er vertritt. Es ist aber immer darauf Rücksicht zu nehmen, daß das Gesetz selbst einen Referendar immer nur unter der Voraussetzung des § 142 II als fähig ansieht, eine notwendige Verteidigung selbständig zu führen. § 53 VII BRAO muß daher insoweit gegenüber § 142 II zurücktreten.

Nicht vertreten lassen kann sich ein Referendar, der zum Pflichtverteidiger bestellt worden ist. Ihm allein ist die Führung der Pflichtverteidigung durch die Entscheidung des Vorsitzenden anvertraut. Ein Recht, einem anderen Referendar oder auch einem Rechtsanwalt Untervollmacht zu erteilen, hat er nicht. Soweit für ihn überhaupt eine Verpflichtung zur Übernahme der

14) LR II 3b zu 141, KMR 5 zu 142, OLG Köln NJW 54, 124, OLG Hamburg JW 32, 2182

Pflichtverteidigung besteht, ist nur er persönlich verpflichtet und auch berechtigt, sie zu führen. Entziehen kann er sich dieser Verpflichtung nicht dadurch, daß er die Verteidigung auf einen anderen überträgt.

4) Seine Zustimmung kann der Vorsitzende zu der Vertretung des Pflichtverteidigers durch einen allgemeinen oder einen für den Einzelfall unterbevollmächtigten Vertreter ausdrücklich oder auch stillschweigend erklären. Erhebt er etwa keine Einwendungen dagegen, daß ein Vertreter in der Hauptverhandlung anstelle des Pflichtverteidigers auftritt, ist darin stets die erforderliche Zustimmung zu sehen.[15]

5) Durch die Zulassung des Vertreters, sei sie ausdrücklich oder stillschweigend erteilt, verliert der bestellte Pflichtverteidiger nicht seine Stellung als Pflichtverteidiger. Denn beendet werden kann sie immer nur durch eine ausdrückliche Zurücknahme der Bestellung, die aber selbst in der ausdrücklichen Zulassung eines Vertreters nicht gesehen werden kann[16].

Der Vertreter seinerseits wird durch die Zustimmung des Vorsitzenden nicht zum Pflichtverteidiger bestellt. Nach der wohl herrschenden Meinung soll zwar in der Zulassung des Vertreters dessen stillschweigende Bestellung liegen[17], ohne daß der Vertreter allerdings nach der überwiegenden Meinung einen eigenen Anspruch auf die Verteidigergebühren gegen die Staatskasse hätte[18]. Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden. Vertretung bedeutet einmal im allgemeinen nur, daß der Vertreter nur in Vollmacht für den Vertretenen und nur an dessen Stelle auftritt, nicht aber, daß der Vertreter völlig an die Stelle des Vertretenen tritt. Demgegenüber vermag es nichts zu besagen, daß die Vertretung eines Pflichtverteidigers von der Zustimmung des Vorsitzenden abhängig ist. Dies erkennt auch die herrschende Meinung an sich an, indem sie den bestellten Pflichtverteidiger auch bei einer Zulassung des Vertreters weiterhin als Pflichtverteidiger ansieht. Zum anderen ist nicht zweifelhaft, daß ein Vertreter nur für die Dauer seiner Eigenschaft als Vertreter die Pflichtverteidigung führen darf, also nur solange, bis der Pflichtverteidiger die für den Einzelfall erteilte

15) KMR 5 zu 142, RGR 10, 104, KG JW 33, 1087

16) LR II 3b zu 141; KMR 5 zu 142 (allerdings unter unrichtiger Bezugnahme auf BGH NJW 58, 1308, das lediglich den Fall betrifft, daß ein Rechtsanwalt seinem Stationsreferendar die Wahrnehmung der Verteidigeraufgaben überläßt; dann liegt aber gerade keine Übertragung der Pflichtverteidigung vor).

17) LR II 3b zu 141, KMR 5 zu 142, RGR 10, 104, OLG Hamburg JW 32, 2182

18) OLG Hamburg NJW 63, 2040 mit Nachweisen

Untervollmacht zurücknimmt oder bis die Bestellung eines allgemeinen Vertreters erlischt.
Wäre nun der Vertreter durch die Zustimmung des Vorsitzenden zur Vertretung tatsächlich zum Pflichtverteidiger bestellt, wäre die Folge, daß der vertretene Pflichtverteidiger es in der Hand hätte, von sich aus die Bestellung des Vertreters zum Erlöschen zu bringen. Daß dies der Strafprozeßordnung, nach der alle Entscheidungen über die Bestellung eines Verteidigers Sache des Vorsitzenden sind, fremd ist, bedarf keiner Erörterung. Man könnte allerdings auch die Ansicht vertreten, die stillschweigende Bestellung des Vertreters zum Pflichtverteidiger sei stets von vornherein auf die Dauer seiner Eigenschaft als Vertreter beschränkt[19]. Aber auch diese Ansicht stände mit der Strafprozeßordnung nicht in Einklang, da sie nur in Ausnahmefällen eine Beschränkung der Verteidigerbestellung kennt und eine solche immer auch nur auf bestimmte Verfahrensabschnitte, nicht aber auf unbestimmte Dauer, die zudem noch vom Willen des Vorsitzenden unabhängig wäre. Da zudem der Pflichtverteidiger immer durch eine ausdrückliche Verfügung des Vorsitzenden bestellt wird, die auch in der ausdrücklichen Zulassung eines Vertreters nicht ohne weiteres zu sehen ist, besteht kein Anlaß, die Zustimmung des Vorsitzenden als Bestellung des Vertreters zum Pflichtverteidiger anzusehen. Die Zustimmung hat vielmehr allein die Folge, daß der bestellte Pflichtverteidiger sich vertreten lassen darf und der Vertreter an seiner Stelle die Pflichtverteidigung führen darf.[20]

---

19) so wohl OLG Hamburg JW 32, 2182
20) KG JW 33, 1087

5. Teil

DAS VERFAHREN

§ 25 1. Abschnitt: Die Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers

I. Die Zuständigkeit zur Entscheidung in den Fällen des § 140

1) In den Fällen der notwendigen Verteidigung nach § 140 liegt die richterliche Zuständigkeit zur Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers gem. § 141 IV bei dem Vorsitzenden des Gerichts, das für das Hauptverfahren zuständig oder bei dem das Verfahren anhängig ist.

Insbesondere ist der Vorsitzende auch allein zuständig für die Ablehnung eines Antrags auf Verteidigerbestellung. § 141 III a.F. sagte lediglich, der Vorsitzende sei zur Bestellung zuständig. Daraus schloß die herrschende Meinung, dem Vorsitzenden allein sei nur die Befugnis zur Bestellung eines Pflichtverteidigers eingeräumt, während die Entscheidung über die Ablehnung eines Antrags auf Bestellung wie auch über jede andere Unterlassung einer Bestellung dem Gericht vorbehalten sei[1]. Nach der Neufassung des § 141 durch das StPÄG ist dem Vorsitzenden nunmehr gem. § 141 IV ausdrücklich das Recht eingeräumt worden, über die Bestellung zu "entscheiden". Daraus kann nur gefolgert werden, daß der Vorsitzende sowohl in positivem als auch in negativem Sinn über die Bestellung zu entscheiden hat. Er allein ist also zuständig zur Bestellung eines Pflichtverteidigers zur Ablehnung eines Antrags auf Verteidigerbestellung und zur Rücknahme der Bestellung.[2]

---

1) LK II 10 zu 141, LR III 1a zu 141. BayObLGSt 1952, 159 (160), OLG Schleswig SchlHA 1957, 128, OLG Hamm MDR 58, 707, OLG Köln NJW 61, 933, OLG Braunschweig Nds. Rpfl. 64, 46; a.A. OLG Hamm MDR 52, 312 (aufgegeben in MDR 58, 707)

2) KMR 2b und 5 zu 141, Schwarz StPO 5 zu 141, OLG Celle MDR 65, 597; a.A. Reißfelder (Leitfaden S. 34), der lediglich eine sprachliche Neufassung, nicht aber eine "Änderung der Sache" als gegeben ansieht. Über eine Aussetzung der Hauptverhandlung entscheidet aber immer das Gericht (§ 228 I)

2) Die Zuständigkeit des Vorsitzenden richtet sich immer nach der des Gerichts. Maßgeblich ist daher bei einer Verteidigerbestellung während des Vorverfahrens nach § 141 III 1 die Zuständigkeit des Gerichts, das für das Hauptverfahren zuständig wäre[3]. Zu ermitteln ist dieses Gericht anhand der vorliegenden Unterlagen, wobei zu unterstellen ist, der gegen den Beschuldigten bestehende Tatverdacht werde sich soweit erhärten, daß von der Staatsanwaltschaft Anklage erhoben werden wird.

Ergibt sich danach nur für ein Gericht eine örtliche und sachliche Zuständigkeit[4], kann dessen Vorsitzender ohne weiteres schon während des Vorverfahrens von sich aus einen Pflichtverteidiger bestellen oder über einen diesbezüglichen Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Beschuldigten entscheiden.

In einem Großteil aller Fälle kommen für das Hauptverfahren jedoch mehrere Gerichte in Betracht, weil die Zuständigkeit durch die Entschließungen der Staatsanwaltschaft mitbestimmt wird. Sind etwa mehrere Gerichte innerhalb des Bezirks der ermittelnden Staatsanwaltschaft örtlich zuständig[5], ist es der Staatsanwaltschaft freigestellt, zu welchem dieser Gerichte sie die Anklage erheben will. Sie entscheidet also zunächst, vor welchem der örtlich zuständigen Gerichte das Hauptverfahren stattfinden wird. Häufig hat die Staatsanwaltschaft auch zunächst selbst die Bedeutung der Sache und die Bestrafungsmöglichkeiten zu beurteilen und bestimmt dann durch die Anklageerhebung, vor welchem von mehreren, in Betracht kommenden Gerichten verschiedener Ordnung das Verfahren stattfindet[6]. Da zudem während des Vorverfahrens oft noch nicht feststeht, welche Strafgesetze verletzt sind, kann häufig noch nicht mit Sicherheit entschieden werden, welches Gericht für das Hauptverfahren zuständig ist. Damit bleibt dann aber auch zweifelhaft, wer über die Bestellung

---

3) KMR 2a zu 141

4) Dies ist etwa der Fall, wenn dem Beschuldigten entweder nur eine Übertretung oder ein Totschlag zur Last gelegt wird und er am Tatort, der gleichzeitig sein Wohnsitz ist, ergriffen wird. Sachlich zuständig ist hier nur der Einzelrichter (§§ 24 I Nr. 1, 25 Nr. 1 GVG) oder das Schwurgericht (§ 80 GVG). Ein Gerichtsstand besteht ebenfalls nur an einem Gericht, da Tatort (§ 7), Wohnsitz (§ 8) und Ergreifungsort (§ 9) gleich sind.

5) Der Bezirk der Staatsanwaltschaft ist stets der Bezirk des Gerichts, bei dem sie eingerichtet ist. Anklage erheben kann sie zu einem außerhalb des Bezirks liegenden örtlich zuständigen Gericht nicht, so daß sie insofern trotz mehrerer Gerichtsstände keine Wahlmöglichkeit hat (vgl. § 141 GVG)

6) vgl. etwa §§ 24 I Nr. 2 und 3, 25 Nr. 2 b) und c), Nr. 3, 26 I, II, 74 I, 74 b GVG

eines Pflichtverteidigers zu entscheiden hat. Man könnte nun die Ansicht vertreten, zuständig für eine Entscheidung sei im Falle des § 141 III 1 der Vorsitzende jedes der Gerichte, die für das Hauptverfahren in Betracht kommen[7]. Dagegen spricht jedoch, daß dann möglicherweise mehrere Vorsitzende zuständig wären, die unabhängig voneinander entscheiden können. Der Beschuldigte könnte also etwa, wenn ein Vorsitzender eine Bestellung abgelehnt hätte, bei einem anderen Vorsitzenden den Antrag wiederholen. Widersprechende Entscheidungen wären dabei kaum zu vermeiden. Zweifelhaft wäre etwa weiter, ob ein Vorsitzender eine Verteidigerbestellung, die durch einen anderen Vorsitzenden erfolgt ist, zurücknehmen könnte, weil er zum Beispiel die Mitwirkung eines Verteidigers während des Vorverfahrens nicht für erforderlich hält oder weil er den von dem anderen Vorsitzenden bestellten Pflichtverteidiger nicht als geeignet ansieht und einen anderen bestellen möchte. Diese und andere Schwierigkeiten würden unvermeidlich auftauchen, wenn man jeden Vorsitzenden eines der in Betracht kommenden Gerichte als zuständig ansehen wollte.

Richtiger ist es daher, anzunehmen, zuständig zur Entscheidung über die Bestellung sei nur der Vorsitzende des Gerichts, zu dem die Staatsanwaltschaft nach dem Stand der Ermittlungen die Anklage zu erheben beabsichtigt. Dies bedeutet allerdings, daß der Vorsitzende vor jeder Entscheidung über eine Verteidigerbestellung eine Stellungnahme der Staatsanwaltschaft, wo sie die Anklage erheben werde, einholen muß. Beantragt aber ein Beschuldigter während des Vorverfahrens unmittelbar bei einem Vorsitzenden die Beiordnung eines Pflichtverteidigers, muß der Vorsitzende sowieso die vorliegenden Ermittlungsunterlagen bei der Staatsanwaltschaft anfordern. Denn ohne weiteres kann er dem Antrag des Beschuldigten weder stattgeben noch ihn ablehnen, da die Bestellung eines Pflichtverteidigers vor dem Abschluß der Ermittlungen zwar in seinem Ermessen liegt, er aber sein Ermessen einerseits pflichtgemäß ausüben muß und andererseits vor allem nur in den Fällen der notwendigen Verteidigung einen Pflichtverteidiger bestellen darf. Vor einer Entscheidung über den Antrag des Beschuldigten muß er daher in jedem Fall den dem Beschuldigten zur Last gelegten Sachverhalt überprüfen und eine Stellungnahme der Staatsanwaltschaft zu dem Sachverhalt einholen, so daß er damit ohne jede besondere Schwierigkeit die Anfrage verbinden kann, wo die Staatsanwaltschaft die Anklage erheben will.

---

7) so wohl KMR 2a zu 141

Eine Bestellung von Amts wegen wird ein Vorsitzender während des Vorverfahrens überhaupt immer nur in Betracht ziehen, wenn das Gericht, dessen Vorsitzender er ist, bereits mit der Sache befaßt ist, wenn also die Staatsanwaltschaft bereits zu erkennen gegeben hat, daß sie die Anklage vor diesem Gericht erheben will.

Regt letztlich die Staatsanwaltschaft selbst schon vor dem Abschluß der Ermittlungen eine Verteidigerbestellung bei einem Vorsitzenden an, braucht dieser ebenfalls keine ausdrückliche Erklärung der Staatsanwaltschaft, wo sie die Anklage erheben werde, einzuholen, da er stets auf Grund der an ihn gerichteten Anregung annehmen kann, daß die Staatsanwaltschaft die Anklage zu dem Gericht, dem er vorsitzt, zu erheben beabsichtigt.

Es entstehen also in keinem Fall besondere Schwierigkeiten dadurch, daß der Vorsitzende vor einer Entscheidung über eine Bestellung eines Pflichtverteidigers vor dem Abschluß der Ermittlungen eine Stellungnahme der Staatsanwaltschaft einholen muß. Dies allein könnte aber eingewandt werden gegen die hier vertretene Auffassung, daß sich die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Verteidigerbestellung während des Vorverfahrens in den Fällen, in denen die Zuständigkeit des Gerichts durch die Staatsanwaltschaft mitbestimmt wird, nach der Erklärung der Staatsanwaltschaft, wo sie die Anklage erheben will, richtet[8].

Ergibt sich aus den vorliegenden Unterlagen eine örtliche oder sachliche Zuständigkeit des Gerichts, zu dem die Staatsanwaltschaft nach ihrer Erklärung die Anklage erheben will, ist der Vorsitzende an diese Erklärung gebunden und kann eine Verteidigerbestellung nicht ablehnen mit der Begründung, das Gericht sei nicht für das Hauptverfahren zuständig. Sind mehrere Gerichte örtlich zuständig, kann die Staatsanwaltschaft frei auswählen, zu welchem dieser Gerichte sie die Anklage erheben will, da gem. § 12 erst nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit, also der Eröffnung der Voruntersuchung oder des Hauptverfahrens, eine Bindung eintritt. Dementsprechend kann der Vorsitzende seine Zuständigkeit nicht verneinen, weil auch ein anderes Gericht örtlich zuständig ist und er es für richtiger hält, daß die Staatsanwaltschaft die Anklage vor diesem anderen Gericht erhebt. Nichts anderes gilt auch hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit. Die letzte Entscheidung über sie liegt zwar nicht bei der Staatsanwaltschaft,

---

8) ähnlich LR III 1c zu 141 hinsichtlich § 141 III a.F.; vgl. auch LK II 11 zu 81

sondern beim Gericht. Während des Vorverfahrens hat aber allein die Staatsanwaltschaft die Bedeutung der Sache und die Höhe der zu erwartenden Strafe zu beurteilen und dann auf Grund dieser Beurteilung zu entscheiden, zu welchem der in Betracht kommenden Gerichte verschiedener Ordnungen die Anklage zu erheben ist. Da sie die Ermittlungen betreibt, kann sie die Tat weitaus besser beurteilen als das in diesem Verfahrensstadium nur am Rande mit der Sache befaßte Gericht. Erst nach der Erhebung der öffentlichen Klage ist die Sache bei dem Gericht anhängig und daher kann das Gericht auch erst, wenn es über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu entscheiden hat, eine abweichende Auffassung hinsichtlich der Tat vertreten und deshalb gem. § 209 verfahren. Der Vorsitzende kann daher eine Verteidigerbestellung auch nicht ablehnen mit der Begründung, das Hauptverfahren werde entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft vor einem anderen Gericht eröffnet werden[9].

9) a.A. LR III 1c zu 141, der der Strafkammer das Recht zugesteht, die Entscheidung über die Bestellung an das Amtsgericht abzugeben mit der Begründung, sie werde das Verfahren vor diesem eröffnen. Diese Ansicht ist selbst im Hinblick auf die früher herrschende Meinung, der Vorsitzende sei zur Bestellung, nicht aber zur Ablehnung zuständig, bedenklich. Einmal erfaßt sie nur den Fall, daß die Strafkammer zur Entscheidung veranlaßt ist, schon aber nicht den umgekehrten Fall, daß der Amtsrichter zu entscheiden hat, und vor allem auch nicht die Fälle, in denen mehrere Gerichte örtlich zuständig sind. Zum anderen kann die Strafkammer während des Vorverfahrens noch garnicht wissen, wie sie gegebenenfalls über die Eröffnung entscheiden wird. Dies gilt vor allem für die Zeit vor der Anklageerhebung, zu der auch schon nach altem Recht eine Bestellung möglich war, so daß die Strafkammer möglicherweise bereits lange vor dem Abschluß der Ermittlungen hätte entscheiden müssen, etwa wenn der Beschuldigte eine Bestellung beantragt hätte. Nachdem heute gem. § 141 IV der Vorsitzende, der erst recht nicht die Entscheidung der Kammer über die Eröffnung mit Sicherheit voraussehen kann, allein zu entscheiden hat, läßt sich diese Auffassung nicht mehr halten. Dies gilt vor allem auch, weil die Staatsanwaltschaft den Vorsitzenden auch nach dem Abschluß der Ermittlungen durch einen Antrag nach § 141 III 2 und durch die Anklageerhebung gem. § 141 I zur Bestellung zwingen könnte (vgl. unten 3) und 4)). Wird das Verfahren später vor einem anderen Gericht eröffnet, ist dies unschädlich, da es nur darauf ankommt, daß der Vorsitzende im Augenblick der Entscheidung zuständig ist.

3) Beantragt die Staatsanwaltschaft nach dem Abschluß der Ermittlungen gem. § 141 III 2 die Beiordnung eines Pflichtverteidigers, ergibt sich die Zuständigkeit des Vorsitzenden aus diesem Antrag. Der Fall des § 141 III 2 unterscheidet sich von dem des § 141 III 1 lediglich insofern, als eine Verteidigerbestellung nach § 141 III 1 auch bei notwendiger Verteidigung immer im Ermessen des Vorsitzenden liegt, eine solche nach § 141 III 2 dagegen erfolgen muß, wenn die Verteidigung notwendig ist[10]. In beiden Fällen handelt es sich aber um Verteidigerbestellungen während des Vorverfahrens, so daß hinsichtlich der Zuständigkeit zur Entscheidung kein Unterschied besteht. Kommt daher das Gericht, an dessen Vorsitzenden der Antrag der Staatsanwaltschaft gerichtet ist, für das Hauptverfahren in Betracht, ist dessen Vorsitzender zur Entscheidung über die Bestellung zuständig[11]. Denn er muß davon ausgehen, daß die Staatsanwaltschaft die Anklage zu diesem Gericht erheben wird.

4) Ist ein Pflichtverteidiger nach § 141 I zu bestellen, ist der Vorsitzende des Gerichts, zu dem die Staatsanwaltschaft die Anklage erhoben hat, zur Entscheidung zuständig. Denn bei diesem Gericht ist das Verfahren anhängig[12].
Der Vorsitzende darf die Bestellung nicht ablehnen mit der Begründung, er rechne damit, daß das Gericht gem. § 209 verfahren und daß das Hauptverfahren vor einem anderen Gericht eröffnet werde. Durch die Beiordnung eines Pflichtverteidigers spätestens zu diesem Zeitpunkt soll sichergestellt werden, daß dem Angeschuldigten bei notwendiger Verteidigung spätestens dann ein Pflichtverteidiger zur Seite steht, wenn er sich zur Anklageschrift äußern soll. Diesem Sinn würde es widersprechen, wenn die Verteidigerbestellung nicht sofort nach der Aufforderung zur Erklärung über die Anklageschrift erfolgen würde. Denn würde die Entscheidung über die Bestellung bis zu der über die Zuständigkeit nach § 209, die häufig erst mit der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens erfolgt, hinausgezögert werden, bliebe der Angeschuldigte möglicherweise bei seiner Äußerung zur Anklageschrift unverteidigt. Der Vorsitzende hat daher die Entscheidung unverzüglich nach der Aufforderung zur Erklärung über die Anklageschrift und ohne Rücksicht darauf, vor welchem Gericht das Hauptverfahren seiner Meinung nach eröffnet wird, zu treffen[13].

---

10) vgl. oben § 19 I 1 und 2
11) KMR 2a zu 141
12) KMR 2a zu 141
13) KMR 2a zu 141; a.A. LK II 9 zu 141

5) Ist erst nach dem in § 141 I genannten Zeitpunkt, aber noch vor der Eröffnung des Hauptverfahrens gem. §141 II über die Bestellung eines Pflichtverteidigers zu entscheiden, ist grundsätzlich ebenfalls der Vorsitzende des Gerichts zuständig, zu dem die Staatsanwaltschaft die Anklage erhoben hat. Hat dieses Gericht allerdings die Sache schon gem. § 209 III einem höheren Gericht zur Entscheidung über die Zuständigkeit vorgelegt, hat der Vorsitzende dieses Gerichts über die Bestellung zu entscheiden. Denn mit der Vorlegung ist die Sache bei diesem Gericht anhängig geworden. Die Entscheidung des Gerichts über die Zuständigkeit darf der Vorsitzende nicht abwarten, da die Bestellung nach § 141 II sofort erfolgen muß, also bevor das Verfahren weiter voran getrieben wird.

Gleiches gilt, wenn der Amtsrichter eine zur Zuständigkeit des Schöffengerichts gehörende Sache gem. § 201 I 2 oder § 202 II 2 dem Landgericht zur Entscheidung über die Eröffnung der Voruntersuchung vorgelegt hat und danach eine Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers zu treffen ist. Da das Verfahren mit der Vorlegung beim Landgericht anhängig geworden ist, ist der Vorsitzende der mit der Sache befaßten Strafkammer zur Entscheidung zuständig. Er hat die Entscheidung sofort zu treffen und darf sie nicht bis zur Entscheidung des Gerichts über die Eröffnung der Voruntersuchung hinauszögern. [14]

6) Kommt eine Verteidigerbestellung gem. § 141 II oder eine andere Entscheidung über die Bestellung nach der Eröffnung des Hauptverfahrens in Betracht, ist die Zuständigkeit des Vorsitzenden des Gerichts, bei dem das Verfahren im Zeitpunkt der Entscheidung anhängig ist, gegeben. [15]

---

14) In der Voruntersuchung selbst entscheidet stets der Vorsitzende des mit der Sache befaßten Gerichts, nicht der Untersuchungsrichter. Da das Verfahren nicht bei dem Untersuchungsrichter, sondern bei dem Gericht anhängig ist (LK II 8 zu 141, LR III 1c zu 141, Schwarz StPO 2 zu 184, RG JW 33, 2524)

15) Anhängig ist das Verfahren nicht bei jedem Gericht, das in irgendeiner Weise mit der Sache befaßt ist, sondern nur bei dem, vor dem das eigentliche Verfahren stattfindet. Für die Bestellung eines Pflichtverteidigers ist daher etwa bei einem Termin vor einem ersuchten Richter nicht dieser zuständig, sondern der Vorsitzende des ersuchenden Gerichts (LR III 1b zu 141, BGH NJW 52, 1426)

In einem Rechtsmittelverfahren ist dies noch bis zur Abgabe der Sache an das Rechtsmittelgericht das Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird[16]. Denn erst mit der Vorlegung der Akten wird das Verfahren bei dem Rechtsmittelgericht anhängig. Dies gilt auch für das Revisionsverfahren. Für die Bestellung eines Pflichtverteidigers für die mündliche Verhandlung ist jedoch immer nur der Vorsitzende des Revisionsgerichts zuständig. Aus § 350 III ergibt sich, daß über die Bestellung eines Verteidigers für die Revisionsverhandlung allein der Vorsitzende des Revisionsgerichts zu entscheiden hat. Dies muß aber auch dann gelten, wenn eine Bestellung nach § 140 II in Betracht kommt.

7) Ist über die Bestellung eines Pflichtverteidigers erst nach der Rechtskraft des Urteils zu entscheiden, ist maßgeblich die Zuständigkeit des Gerichts, das über die beabsichtigten Sachanträge zu entscheiden hat[17]. Zu entscheiden hat also der Vorsitzende des nach § 462 zu ermittelnden Gerichts bei Entscheidungen, die bei der Strafvollstreckung notwendig werden oder bei einem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens grundsätzlich das Gericht, dessen Urteil angefochten werden soll. [18]

16) LR III 1b zu 141, KMR 2a zu 141

17) LR III 1d zu 141, KMR 2a zu 141

18) § 367 I; wird ein im Revisionsverfahren erlassenes Urteil aus anderen Gründen als auf Grund der §§ 359 Nr. 3 oder 362 Nr.3 angefochten, entscheidet das Gericht, gegen dessen Urteil die Revision eingelegt war. Zuständig zur Entscheidung über die Bestellung ist dann auch der Vorsitzende dieses Gerichts.

II. Die Zuständigkeit zur Entscheidung in den sonstigen Fällen der notwendigen Verteidigung

1) Unmittelbare Anwendung findet § 141 IV nur in den Fällen der notwendigen Verteidigung nach § 140. Denn § 141 bezieht sich, wie aus der Systematik des Gesetzes und vor allem auch aus den Abs. I und III zu entnehmen ist, nur auf § 140 und regelt dementsprechend allein, wann und durch wen in diesen Fällen ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist. Dennoch ist § 141 IV auch für die sonstigen Fälle der notwendigen Verteidigung von Bedeutung. In § 141 IV hat der Gesetzgeber eindeutig seinem Willen Ausdruck gegeben, daß auch bei einem Kollegialgericht der Vorsitzende allein für die Entscheidungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers zuständig ist und daß jener allein sowohl in positivem als auch in negativem Sinn zu entscheiden hat. Diese Entscheidung des Gesetzgebers, die zum Teil im Widerspruch zu der vor dem Erlaß des StPÄG herrschenden Meinung steht[1], gilt für alle Fälle der notwendigen Verteidigung. Alle übrigen Fälle stellen nur eine Erweiterung des Kreises der Fälle der notwendigen Verteidigung für bestimmte besondere Situationen dar oder enthalten sogar lediglich eine Klarstellung der bereits durch § 140 geregelten Fälle. Es kann daher nicht angenommen werden, daß die Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers nur in den Fällen des § 140 allein in den Händen des Vorsitzenden liegen soll. § 141 IV ist vielmehr für alle Fälle der notwendigen Verteidigung als die grundlegende Regelung der Zuständigkeit anzusehen, die nur dann zurücktritt, wenn und soweit das Gesetz selbst ausdrücklich eine andere Regelung trifft.

2) Für die Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 350 III ist allein der Vorsitzende zuständig, der sowohl in positivem als auch in negativem Sinn allein zu entscheiden hat. § 350 III sagt zwar nur, daß dem Angeklagten vom Vorsitzenden ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist. Man könnte daher der Meinung sein, der Vorsitzende sei nur zur Bestellung zuständig, während die Entscheidung über die Ablehnung eines Antrags dem Gericht vorbehalten sei. Anhaltspunkte dafür bestehen jedoch nicht. Vielmehr ist anzunehmen, daß § 141 IV auch bei § 350 III entsprechende Anwendung findet und daß dem Vorsitzenden demnach nicht nur die Befugnis zur Bestellung, sondern die zur Entscheidung schlechthin eingeräumt ist.[2]

---

1) vgl. oben I 1)

2) KMR 3 zu 350

3) Nichts anderes gilt auch in den Fällen der notwendigen Verteidigung nach § 68 JGG. Ähnlich wie in § 350 III wird zwar auch in § 68 JGG nur gesagt, daß der Vorsitzende den Pflichtverteidiger bestellt. Aber auch hier ist der Vorsitzende nicht nur für die Bestellung, sondern für die Entscheidung über die Bestellung zuständig.

In den Fällen des § 68 Nr. 1 JGG, in dem die Notwendigkeit der Verteidigung auf § 140 beruht, folgt dies unmittelbar aus § 141 IV. Denn da keinesfalls angenommen werden kann, daß § 58 JGG insoweit eine von den Vorschriften der Strafprozeßordnung abweichende Regelung der Zuständigkeit enthält, findet § 141 IV in den Fällen der notwendigen Verteidigung nach § 68 Nr. 1 JGG i. V. m. § 140 Anwendung, wie sich aus § 2 JGG ergibt. Zuständig zur Entscheidung über die Bestellung ist also auch in diesen Fällen der Vorsitzende des Gerichts, das für das Hauptverfahren zuständig oder bei dem das Verfahren anhängig ist. [3]

Kommt eine Verteidigerbestellung nach § 68 Nr. 1 i. V. m. § 350 III in Betracht, ist § 141 IV zwar nicht unmittelbar aber entsprechend anzuwenden. Denn auch im allgemeinen Strafverfahren ist § 141 IV entsprechend anzuwenden, wenn über eine Bestellung nach § 350 III zu entscheiden ist. Die Zuständigkeit zur Entscheidung liegt also auch im Falle des § 68 Nr. 1 i. V. m. § 350 III allein in den Händen des Vorsitzenden des Revisionsgerichts.

In den Fällen der notwendigen Verteidigung nach § 68 Nr. 2 und 3 JGG ist § 141 IV ebenfalls entsprechend anzuwenden. Diese Fälle stellen lediglich eine Ergänzung der in § 140 geregelten Fälle der notwendigen Verteidigung dar, die den Kreis der notwendigen Verteidigung für das Verfahren gegen Jugendliche erweitern, die die Zuständigkeitsregelung des § 141 IV aber in keiner Weise berühren. Auch in den Fällen des § 68 Nr. 2 und 3 JGG ist also der Vorsitzende des Gerichts, das für das Hauptverfahren zuständig oder bei dem das Verfahren anhängig ist, allein für die Entscheidung über die Bestellung zuständig.

Soweit § 68 JGG im Verfahren gegen Heranwachsende vor den Jugendgerichten oder im Verfahren gegen Jugendliche oder Heranwachsende vor den Gerichten, die für allgemeine Strafsachen zuständig sind, entsprechend zur Anwendung kommt[4], gilt hinsichtlich der Zuständigkeit nichts Besonderes. § 141 IV ist also auch dann stets entsprechend anzuwenden.

---

3) Dallinger-Lackner 14 zu § 68 JGG

4) vgl. § 109 I, § 104 I Nr. 10 und § 112 S. 2 JGG

Wer in den Fällen der notwendigen Verteidigung nach § 68 Nr. 1 JGG i. V. m. § 81 II, § 117 IV, § 118 a II oder § 126 a II die Entscheidungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers zu treffen hat, wird im Folgenden noch dargestellt.

4) Ist ein Pflichtverteidiger nach § 117 IV zu bestellen, ergibt sich die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Bestellung grundsätzlich aus § 126. § 126 regelt die Zuständigkeit für alle richterlichen Entscheidungen und Maßnahmen, die nach dem Erlaß des Haftbefehls zu treffen sind und den Haftbefehl selbst oder seine Durchführung irgendwie betreffen. Dazu zählt auch die Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers, die wegen eines längeren als dreimonatigen Vollzugs des Haftbefehls erfolgen muß[6]. Zuständig ist daher für die Entscheidungen über die Bestellung gem. § 126 I vor der Erhebung der öffentlichen Klage grundsätzlich der Amtsrichter, der den Haftbefehl erlassen hat[7].

Die Zuständigkeit des Haftrichters bleibt aber nicht unbedingt bis zur Erhebung der öffentlichen Klage bestehen. Die Voraussetzungen des § 117 IV stimmen mit denen des § 140 I Nr. 5 weitgehend überein[8]. Unterschiede bestehen lediglich insofern, als die Bestellung nach § 117 IV nur auf Antrag, die nach § 140 I Nr. 5 dagegen von Amts wegen erfolgen muß, bei § 117 IV nur die Untersuchungshaft in derselben Sache, bei § 140 I Nr. 5 dagegen auch die in einer anderen Sache und auch andere Freiheitsentziehungen in die Dreimonatsdauer eingerechnet werden und die Untersuchungshaft bei § 117 IV nur insgesamt länger als drei Monate andauern, die Freiheitsentziehung bei § 140 I Nr. 5 dagegen ununterbrochen drei Monate gedauert haben muß. Sind nun bei einer Bestellung nach § 117 IV gleichzeitig auch die Voraussetzungen des § 140 I Nr. 5 gegeben, kann der Vorsitzende des Gerichts, das für das Hauptverfahren zuständig oder bei dem das Verfahren anhängig ist, gem. § 140 III 2 einen anderen Pflichtverteidiger bestellen. Macht der Vorsitzende von diesem Recht schon vor dem Abschluß der Ermittlungen Gebrauch, wozu er gem. § 141 III 1 berechtigt ist, erlischt die Bestellung des nach § 117 IV bestellten Verteidigers. Da die Bestellung des neuen Pflichtverteidigers dann auf § 140 I Nr. 5 beruht, gilt § 141 IV, so daß also nicht mehr der Haftrichter zuständig ist, sondern der Vorsitzende des Gerichts[9].

---

6) KMR 1 zu 126 und 3a 1 zu 126

7) Hat das Beschwerdegericht den Haftbefehl erlassen, entscheidet der Amtsrichter, der die vorangegangene Anordnung erlassen hat (§ 126 I 2). Der zuständige Amtsrichter kann die Zuständigkeit auch auf einen anderen Richter übertragen (§ 126 I 3 ff.).

8) vgl. oben § 15 V und 17 II

9) KMR 4c zu 140

Aber auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 140 I Nr. 5 vorliegen, der Vorsitzende von seinem Recht zur Bestellung eines anderen Pflichtverteidigers aber keinen Gebrauch macht, endet die Zuständigkeit des Haftrichters nicht erst mit der Erhebung der öffentlichen Klage, sondern schon mit dem in § 141 III 2 genannten Zeitpunkt. Nach dem Abschluß der Ermittlungen muß die Staatsanwaltschaft beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 140 I Nr. 5 die Bestellung eines Pflichtverteidigers beantragen und der nach § 141 IV zuständige Vorsitzende muß diesem Antrag auch entsprechen[10]. Wäre nun nicht bereits ein Pflichtverteidiger nach § 117 IV bestellt, müßte der Vorsitzende also einen solchen nach dem Abschluß der Ermittlungen bestellen.
Aus der Regelung des § 140 III 2 muß daher geschlossen werden, daß die Bestellung nach § 117 IV in eine solche nach § 140 I Nr. 5 übergeht[11]. Damit findet von diesem Zeitpunkt an aber auch § 141 IV Anwendung, so daß die Zuständigkeit des Haftrichters entfällt.

Sind dagegen die Voraussetzungen des § 140 I Nr. 5 bei einer Bestellung nach § 117 IV nicht gegeben,[12] bleibt der Haftrichter bis zur Erhebung der öffentlichen Klage zuständig. Mit diesem Zeitpunkt geht die Zuständigkeit dann über auf den Vorsitzenden des Gerichts, das mit der Sache befaßt ist. Denn nach der Erhebung der öffentlichen Klage ist gem. § 126 II 1 das mit der Sache befaßte Gericht für alle Entscheidungen zuständig, die nach dem Erlaß des Haftbefehls zu treffen sind und ihn selbst oder seine Durchführung betreffen. Einzelne Maßnahmen hat dabei gem. § 126 II 3 der Vorsitzende allein anzuordnen und daher hat er auch allein über die Bestellung zu entscheiden. Denn zu den einzelnen Maßnahmen im Sinne des § 126 II 3 zählen alle diejenigen, die die Aufhebung oder den Vollzug des Haftbefehls nicht

10) vgl. oben § 19 I

11) § 140 III 2 sagt nur, daß die Bestellung nach § 117 IV für das weitere Verfahren wirksam bleibt, soweit die Verteidigung nach § 140 I Nr. 5 notwendig ist. Eine Bestellung nach § 140 I Nr. 5 bleibt aber auch wirksam, wenn der Beschuldigte weniger als zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung entlassen wird, während eine Bestellung nach § 117 IV stets mit der Entlassung endet. Wird nun ein Beschuldigter, dem ein Pflichtverteidiger gem. § 117 IV bestellt ist, erst kurz vor oder während der Hauptverhandlung entlassen, müßte die Bestellung erlöschen, wenn sie trotz der Notwendigkeit der Verteidigung nach § 140 I Nr. 5 nur auf § 117 IV beruhen würde.
§ 140 III 2 zielt aber auf eine Vereinfachung des Verfahrens ab, indem er eine Neubestellung überflüssig machen will. Es muß daher angenommen werden, daß die Bestellung nach § 117 IV in eine solche nach § 140 I Nr. 5 übergeht, sobald letztere erfolgen müßte.

12) siehe S. 232, unten

unmittelbar betreffen, also auch die Entscheidungen über die Bestellung[13]. Zuständig ist also für die Entscheidung über die Bestellung nach der Erhebung der öffentlichen Klage der Vorsitzende des Gerichts, zu dem die Anklage erhoben wurde[14]. Kommt es zu einem Berufungsverfahren, ist nach der Vorlegung der Akten der Vorsitzende des Berufungsgerichts zuständig, da dieses Gericht dann mit der Sache befaßt ist. In einem Revisionsverfahren bleibt dagegen der Vorsitzende des Gerichts, dessen Urteil angefochten wird, für die Entscheidung zuständig. Denn gem. § 126 II 2 ist für die auf den Haftbefehl folgenden Entscheidungen, soweit sie diesen betreffen, auch nach der Revisionseinlegung das Gericht zuständig, dessen Urteil angefochten wird[15]. Findet eine Voruntersuchung statt, so entscheidet - anders als in den Fällen des § 140 - über die Bestellung eines Pflichtverteidigers, nach § 117 IV, der Untersuchungsrichter. Denn er ist gem. 126 IV während der Voruntersuchung für die Entscheidungen über die Untersuchungshaft und deren Vollzug zuständig. Gem. § 126 IV 2 i.V.m. § 125 III 2 bleibt er auch nach dem Schluß der Voruntersuchung zuständig, bis die Staatsanwaltschaft die Akten mit ihrem Antrag dem Gericht vorlegt.

Soweit § 117 IV gem. § 126 a II oder § 68 Nr. 1 JGG entsprechend anzuwenden ist, gelten die vorstehenden Ausführungen über die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers sinngemäß. Eine Besonderheit ergibt sich lediglich daraus, daß im Verfahren nach dem JGG der zuständige Richter gem. § 72 V JGG die richterlichen Entscheidungen, die die Untersuchungshaft betreffen, aus wichtigen Gründen auf einen anderen Jugendrichter übertragen kann. Auch die Entscheidung über die Bestellung nach § 68 Nr. 1 JGG i.V.m. § 117 IV kann daher von dem zuständigen Richter auf einen anderen Jugendrichter übertragen werden.

---

12) Zu denken ist etwa an den Fall, daß ein Beschuldigter nach längerer als dreimonatiger Haft entlassen und dann erst kurz vor dem in § 141 genannten Zeitpunkt wieder in Haft genommen wird.

13) KMR 3b (1) zu 126

14) KMR 3a zu 126 und 3a zu 125

15) Zuständig ist also, wenn gegen ein Amtsgerichtsurteil Revision eingelegt wird, der Amtsrichter, wenn gegen ein erstinstanzielles Landgerichtsurteil Revision eingelegt wird, der Vorsitzende der Strafkammer, sonst der Vorsitzende des Berufungsgerichts.

5) Kommt eine Verteidigerbestellung nach § 118 a II in Betracht, ergibt sich die Zuständigkeit ebenfalls aus § 126. Vor der Erhebung der öffentlichen Klage entscheidet also gem. § 126 I grundsätzlich der Amtsrichter, der den Haftbefehl erlassen hat[16]. Anders als für eine Entscheidung nach § 117 IV bleibt seine Zuständigkeit immer bis zur Erhebung der öffentlichen Klage erhalten. Denn einen dem § 118a II vergleichbaren Fall der notwendigen Verteidigung regelt § 140 nicht. Wird dem Beschuldigten allerdings aus einem anderen Grunde ein Pflichtverteidiger nach § 140 bestellt[17], kann der Haftrichter ihm auch für eine mündliche Verhandlung im Haftprüfungsverfahren keinen Pflichtverteidiger mehr beiordnen. Denn Voraussetzung für eine Bestellung nach § 118a II ist, daß der Beschuldigte noch keinen Verteidiger hat.

Nach der Erhebung der öffentlichen Klage liegt die Zuständigkeit für die Entscheidung über die Bestellung nach § 118a II ebenso wie bei § 117 IV grundsätzlich bei dem Vorsitzenden des Gerichts, das mit der Sache befaßt ist. Zuständig ist also auch hier zunächst der Vorsitzende des Gerichts, zu dem die Anklage erhoben wurde, im Berufungsverfahren dann nach der Vorlegung der Akten der Vorsitzende des Berufungsgerichts und im Revisionsverfahren der Vorsitzende des Gerichts, dessen Urteil angefochten wird. Während einer Voruntersuchung entscheidet ebenfalls der Untersuchungsrichter, der zuständig bleibt, bis die Staatsanwaltschaft die Akten mit ihrem Antrag dem Gericht vorlegt.

Wird über eine Haftprüfung im Beschwerdeverfahren mündlich verhandelt[18], ist der Vorsitzende des Beschwerdegerichts für die Entscheidung über die Bestellung nach § 118a II zuständig, gleichviel, ob die Verhandlung vor oder nach der Erhebung der öffentlichen Klage stattfindet. Eine ausdrückliche Regelung ist zwar nicht vorhanden. Es kann aber nicht angenommen werden, daß ein Beschwerdegericht bei einer vom Gesetz selbst zwingend vorgeschriebenen Maßnahme auf die Entscheidung eines niederen Gerichts angewiesen sein soll. In jedem Fall muß daher die Zuständigkeit des Beschwerdegerichts zur Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers für die mündliche Verhandlung bejaht werden. Da die Strafprozeßordnung außerdem bei einem Kollegialgericht immer dessen Vorsitzenden die alleinige Entscheidung über die Bestellung überläßt, muß darüberhinaus angenommen werden, daß nicht das Beschwerdegericht als solches, sondern nur dessen Vorsitzender zur

16) vgl. oben Anm. 7)

17) etwa von dem Haftrichter selbst nach § 117 IV oder von dem Vorsitzenden nach § 140; die Möglichkeit einer Bestellung nach § 118a II entfällt dann

Fortsetzg. auf Seite 234, unten

Entscheidung zuständig ist.

Aus den gleichen Gründen ist auch davon auszugehen, daß auch in einem Verfahren nach den §§ 121, 122 vor dem Oberlandesgericht oder dem Bundesgerichtshof über die Fortdauer der Untersuchungshaft nach dem Ablauf von sechs Monaten der Vorsitzende des mit der Sache befaßten Senats über die Bestellung allein zu entscheiden hat, falls eine solche gem. § 118a II für eine mündliche Verhandlung erforderlich wird.

Soweit § 118a II gem. § 126a II oder § 68 Nr. 1 JGG entsprechend zur Anwendung kommt, gelten auch hier die vorstehenden Ausführungen sinngemäß. Ebenso wie bei einer Bestellung nach § 117 IV gilt auch hier im Jugendstrafverfahren insofern eine Besonderheit, als der zuständige Richter die Entscheidungen über die Bestellung gem. § 72 V JGG auf einen anderen Jugendrichter übertragen kann.

6) Keine Regelung über die Zuständigkeit für die Entscheidungen über die Bestellung enthält § 81 II. Einer besonderen Vorschrift bedarf es auch garnicht. § 81 II stellt lediglich klar, daß eine Verteidigerbestellung nach § 140 I Nr. 6 schon vor dem in § 141 genannten Zeitpunkt erfolgen muß, wenn bereits vor diesen Zeitpunkten eine Anordnung nach § 81 in Betracht gezogen wird. Die Bestellung beruht aber auch dann schon auf § 140 I Nr. 6, so daß § 141 IV Anwendung findet. Zuständig ist also stets der Vorsitzende des Gerichts, das für das Hauptverfahren zuständig oder bei dem das Verfahren anhängig ist. [19]

Gleiches gilt, wenn eine Verteidigerbestellung nach § 68 Nr. JGG i. V. m. § 81 II erforderlich wird, da auch dann stets ein Fall der notwendigen Verteidigung nach § 68 Nr. 1 JGG i. V. m. § 140 I Nr. 6 vorliegt.

Fortsetzg. der Fußnote 17) von Seite 233:
für die Dauer der Untersuchungshaft oder für die Dauer der Bestellung nach § 140; entfällt die Bestellung dagegen, ist eine solche nach § 118 a II wieder möglich.

18) trotz § 309 I möglich gem. § 118 II

19) KMR 6 zu 81; vgl. auch LK II 13 zu 81

III. Begründung und Bekanntmachung der Entscheidungen

1) Zu begründen sind nach § 34 alle anfechtbaren und alle ablehnenden Entscheidungen.

Die Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers bedürfen daher einmal einer Begründung, wenn sie der Anfechtung unterliegen[1], gleichviel, ob sie von dem Vorsitzenden oder ausnahmsweise von dem Gericht selbst erlassen worden sind und ob sie auf Antrag oder von Amts wegen ergangen sind.

Soweit eine Anfechtung nicht zulässig ist, sind nur diejenigen Entscheidungen mit Gründen zu versehen, durch die ein Antrag auf Bestellung eines[2] oder eines bestimmten[3] Pflichtverteidigers auf Auswechseln des Pflichtverteidigers, auf Rücknahme der Bestellung[4] usw. ganz oder teilweise zurückgewiesen wird. Voraussetzung ist allerdings stets, daß es sich um eine Entscheidung handelt, die auch auf Antrag und nicht nur von Amts wegen ergehen kann. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs[5] zählen zu den ablehnenden Entscheidungen im Sinne des § 34 niemals solche, die nur von Amts wegen zu treffen sind, selbst wenn hierzu ein Antrag gestellt wird.

Die Begründung muß stets die Gründe der Entscheidung klar zu erkennen geben. Es genügt nicht eine allgemeine, formelhafte Begründung, wie etwa, ein Fall der notwendigen Verteidigung liege nicht vor, die Bestellung eines Pflichtverteidigers sei nicht erforderlich, der von dem Beschuldigten gewünschte Pflichtverteidiger sei nicht geeignet oder dergleichen. Denn der Beschuldigte soll durch die Begründung in den Stand versetzt werden, eine sachgemäße Entscheidung über die Einlegung eines Rechtsmittels zu treffen.

---

1) vgl. unten § 26 II, III

2) LR III 2b zu 141, KMR 3 zu 141

3) Ermessensentscheidungen wie die Auswahl des Pflichtverteidigers bedürfen zwar im allgemeinen keiner näheren Begründung (RG 57, 44; BGH 1, 175 (177)). Weicht der Vorsitzende von einem Vorschlag des Beschuldigten hinsichtlich der Person des Pflichtverteidigers ab, muß er dies begründen, damit der Beschuldigte erkennen kann, weshalb seinem Vorschlag nicht gefolgt worden ist.

4) LR III 2b zu 141, OLG Hamm NJW 58, 1934

5) BGH 15, 253

soweit dies möglich ist. Vor allem soll der Beschuldigte - deshalb sind auch nichtanfechtbare Entscheidungen unter Umständen zu begründen - aus den Gründen auch ersehen können, daß Recht gesprochen und nicht willkürlich gehandelt wird. Beiden Zwecken wird eine formelhafte Begründung aber in keiner Weise gerecht. Die Entscheidungen sollten daher stets ausführlich und so begründet werden, daß auch der Beschuldigte die Gründe verstehen kann. Zudem sollten die Entscheidungen über die Bestellung auch über den Zwang des § 34 hinaus immer begründet werden, soweit durch sie ein Antrag oder eine Anregung zurückgewiesen wird, um dem Beschuldigten zu zeigen, daß man sich nicht leichtfertig über seine Wünsche und Anträge hinwegsetzt. Lediglich bei den voll gewährenden Entscheidungen sollte man daher auf eine Begründung verzichten, da bei ihnen nicht der Eindruck von Willkür entstehen kann.

2) Wie alle gerichtlichen Entscheidungen sind auch diejenigen, die die Bestellung eines Pflichtverteidigers betreffen, gem. § 35 bekannt zu machen[6]. Sie sind also gem. § 35 I zu verkünden, soweit sie in der Hauptverhandlung ergehe Andernfalls genügt gem. § 35 II eine formlose Mitteilung, da durch die Bekanntmachung keine Frist in Lauf gesetzt wird.

Eine Frist für die Bekanntgabe besteht nicht. Es versteht sich aber von selbst, daß jede Entscheidung möglichst umgehend bekannt zu machen ist, daß sie also, soweit sie in der Hauptverhandlung ergeht, unmittelbar verkündet und auch sonst unverzüglich mitgeteilt wird. Denn der Beschuldigte muß möglichst schnell Kenntnis davon erhalten, ob und gegebenenfalls wer ihm als Pflichtverteidiger beigeordnet wird, damit er gegen eine zu seinem Nachteil ergangene Entscheidung vorgehen oder einen Verteidiger seines Vertrauens wählen kann. Insbesondere müssen daher Entscheidungen, durch die vor dem Beginn der Hauptverhandlung die Bestellung eines Pflichtverteidigers abgelehnt[7] oder eine bereits erfolgte Bestellung zurückgenommen[8] wird, dem Beschuldigten noch vor der Hauptverhandlung mitgeteilt werden, denn andernfalls bleibt dem Beschuldigten nicht die Zeit zur Beziehung und Unterrichtung eines Wahlverteidigers oder zur Herbeiführung einer Änderung der Entscheidung im Beschwerdeweg.[9]

---

6) LR III 2c zu 141

7) LR III 2c zu 141, RG 48, 386 (387); 67, 310 (313/4); JW 32, 406; 38, 1885; HRR 1935, 824

8) RG HRR 1942, 256

9) Ergeht die Ablehnung oder Rücknahme erst unmittelbar vor oder in der Hauptverhandlung, wird diese regelmäßig auszusetzen sein, da sonst das Recht des Beschuldigten auf freie Wahl eines Verteidigers beeinträchtigt würde. (LR III 2c zu 141, RG 67, 310 (314))

§ 26 2. Abschnitt: Die Anfechtung der Entscheidungen

I. Die Beanstandung der Entscheidungen des Vorsitzenden

Die richterliche Zuständigkeit für alle Entscheidungen, die die Bestellung eines Pflichtverteidigers betreffen, liegt immer allein bei dem Vorsitzenden. Das Gericht selbst kann im allgemeinen daher gegen die Entscheidung des Vorsitzenden nicht angerufen werden. Eine Ausnahme gilt lediglich, wenn der Vorsitzende in der Hauptverhandlung entscheidet.

Nach § 238 II hat das Gericht zu entscheiden, wenn eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden von einer der bei der Hauptverhandlung beteiligten Personen beanstandet wird. Welche Maßnahmen im einzelnen zur Sachleitung zu zählen sind, ist unklar und kann wohl auch nicht allgemeinverbindlich entschieden werden, da es vielfach allein von den Umständen des Einzelfalls abhängt, ob eine Maßnahme des Vorsitzenden zur Prozeß- oder zur Sachleitung zu rechnen ist. Darauf ist hier jedoch nicht näher einzugehen. Es besteht Einigkeit, daß zur Sachleitung die Maßnahmen und Anordnungen des Vorsitzenden gehören, bei denen die Zulässigkeitsfrage entstehen kann, also alle diejenigen, die zu einer Rechtsverletzung führen können[1]. Dazu zählen auch die Entscheidungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers, da die Bestellung selbst, deren Rücknahme, die Auswahl des Pflichtverteidigers und die Ablehnung der Rücknahme einer Bestellung sowie der Verteidigerwechsel oder dessen Ablehnung im Einzelfall unzulässig sein können. Erläßt der Vorsitzende daher in der Hauptverhandlung eine Entscheidung, die die Bestellung des Pflichtverteidigers betrifft, ist diese Entscheidung als Maßnahme der Sachleitung anzusehen. Jede am Verfahren beteiligte Person kann sie daher gem. § 238 II als unzulässig beanstanden und so einen förmlichen Beschluß des Gerichts herbeiführen[2].

---

1) LK II 6 und 7 zu 238, LR 8a zu 238, KMR 3a zu 238, Schwarz StPO 3 B zu 238

2) Schwarz StPO 5 zu 141, nach dem allerdings scheinbar nur dann ein Gerichtsbeschluß herbeigeführt werden kann, wenn der Vorsitzende in der Hauptverhandlung einen Antrag oder eine Anregung eines der an der Verhandlung Beteiligten ablehnt und dies beanstandet wird. Trifft der Vorsitzende aber von sich aus eine Anordnung, nimmt er etwa eine Bestellung zurück, kann dies ebenso unzulässig sein, wie wenn die Rücknahme auf Antrag erfolgt.

II. Die Beschwerde

1) Als Rechtsmittel gegen die Entscheidungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers kommt einmal die Beschwerde nach § 304 in Betracht.

Zulässig ist die Beschwerde insbesondere auch, soweit die Entscheidung in den Fällen des § 140 erst nach der Eröffnung des Hauptverfahrens von dem Vorsitzenden des erkennenden Gerichts oder nach einer Beanstandung von dem erkennenden Gericht selbst[1] gem. § 238 II erlassen worden ist. Nach § 305 S. 1 unterliegen zwar die der Urteilsfällung vorausgehenden Entscheidungen des erkennenden Gerichts - als solche sind sowohl die des Gerichts als auch die des Vorsitzenden anzusehen[2] - grundsätzlich nicht der Beschwerde. Darunter sind jedoch nach einhelliger Meinung nur solche Entscheidungen zu verstehen, die in innerem Zusammenhang mit dem nachfolgenden Urteil stehen, die allein zur Vorbereitung der Urteilsfällung dienen, die weiter keinerlei selbständige Verfahrenswirkung äußern und die zudem beim Erlaß des Urteils einer nochmaligen Überprüfung durch das Gericht unterliegen[3].

Diese Voraussetzungen treffen auf die Entscheidungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers nicht zu. Überdies könnte die Versagung des Beschwerderechts zu einer Beeinträchtigung der Verteidigung führen. Könnte der Beschuldigte gegen die Ablehnung oder Rücknahme einer Verteidigerbestellung, eine unzulässige Bestellung oder auch nur eine fehlerhafte Auswahl des Pflichtverteidigers nur das gegen das Urteil gegebene Rechtsmittel einlegen, könnte der ihm dadurch zugefügte Rechtsnachteil vielfach auch durch eine Aufhebung des Urteils nicht mehr ausgeglichen werden. Trotz § 305 S. 1 können daher auch die Entscheidungen, die die Bestellung eines Pflichtverteidigers betreffen, und die von dem erkennenden Gericht oder von dessen Vorsitzendem erlassen worden sind, mit der Beschwerde angefochten werden[4].

1) Erkennendes Gericht ist das Gericht, vor dem nach dem Eröffnungsbeschluß das Hauptverfahren stattfindet. Vom Erlaß des Eröffnungsbeschlusses ist es bis zur Urteilsfällung für alle Entscheidungen zuständig (LK II 2 zu 305, LR 2 zu 305, KMR 1 zu 305, RG 43, 180, BGH 2, 2). Über die Bestellung eines Pflichtverteidigers entscheidet das Gericht selbst aber nur gem. § 238 II, also nur, wenn der Vorsitzende die Entscheidung in der Hauptverhandlung erlassen hat und diese dann beanstandet worden ist (vgl. oben I und § 25)

2) LK II 4 zu 305, LR 2 zu 305, KMR 1 zu 305

3) LK II 5 zu 305, LR 3b zu 305, KMR 2a) bb) zu 305, Schwarz StPO 3 zu 305, RG 67, 310, BayObLGSt 52, 116; 55, 113, OLG München MDR 55, 629, OLG Oldenburg NJW 56, 682

4) siehe Seite 239, unten

2) In Betracht kommt die Beschwerde gem. § 304 I gegen alle Entscheidungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers, die von dem Vorsitzenden, dem Untersuchungsrichter[5] und dem Haftrichter[6] sowie in den Fällen des § 140 von dem Gericht selbst gem. § 238 II im ersten Rechtszug oder im Berufungsverfahren erlassen worden sind.

Unzulässig ist die Beschwerde dagegen nach § 304 IV immer gegen die in einem Verfahren vor dem Bundesgerichtshof oder einem Oberlandesgericht ergangenen Entscheidungen des Gerichts oder des Vorsitzenden, da es in diesen Fällen an einem übergeordneten Gericht fehlt. Unzulässig ist daher die Beschwerde gegen eine Entscheidung über eine Verteidigerbestellung für die Revisionsverhandlung, gleichviel, ob der Vorsitzende allein oder das Gericht auf Grund einer Beanstandung selbst entschieden hat. Ebenso ist auch nie anfechtbar eine Entscheidung über eine Verteidigerbestellung in einem erstinstanziellen Verfahren oder in einem Verfahren nach §§ 121, 122 über die Fortdauer der Untersuchungshaft vor dem Bundesgerichtshof oder einem Oberlandesgericht.

3) Unzulässig ist die Beschwerde weiterhin stets nach § 310 II gegen eine bereits auf eine Beschwerde hin ergangene Entscheidung. Eine Ausnahme gilt nicht einmal in den Fällen der §§ 117 IV, 118a II und 126a II. Nach § 310 I können zwar Beschlüsse, die von dem Landgericht auf eine Beschwerde hin erlassen worden sind und Verhaftungen oder einstweilige Unterbringungen betreffen, durch die weitere Beschwerde angefochten werden und man versteht darunter auch alle Entscheidungen, die die Aussetzung oder Vollstreckung eines Haft- oder Unterbringungsbefehls und damit die Verhaftung oder Unterbringung zum Gegenstand haben[7]. Die Entscheidungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach §§ 117 IV, 118a II und 126a II betreffen die Aufhebung und den Vollzug eines Haft- oder Unterbringungsbefehls aber nur mittelbar. Die weitere Beschwerde findet daher auch gegen sie nicht statt.

4) LK II 8 zu 305, LR III 3b aa zu 141 und 3c zu 305. KMR 3 zu 141, Schwarz StPO 6 zu 141 und 3 zu 305, Dahs NJW 53, 1807, RG 67, 310 (312), BayObLGSt 52, 159, OLG Bremen NJW 51, 454 OLG Hamburg JZ 51, 760, OLG Köln NJW 53, 1807

5) vgl. oben § 25 II 4 (a.E.; 5)

6) vgl. oben § 25 II 4) 5)

7) vgl. OLG Hamburg NJW 63, 1167 mit Nachweisen

4) Ausgeschlossen ist die Beschwerde auch stets, wenn sie durch den weiteren Verfahrensverlauf überholt ist, wenn also auf eine günstige Beschwerdeentscheidung kein Einfluß mehr auf das Verfahren hat[8].

Wird etwa einem Beschuldigten trotz längerer als dreimonatiger Untersuchungshaft auf seinen Antrag hin kein Pflichtverteidiger beigeordnet, er dann aber noch vor der Einlegung der Beschwerde entlassen, kann er die Nichtbestellung nicht mehr anfechten, da die Bestellung mit der Haftentlassung sowieso erlöschen würde. War die Beschwerde bereits eingelegt, bis zur Haftentlassung aber noch nicht entschieden, wird sie mit der Entlassung gegenstandslos; denn auch dann kann die Beschwerdeentscheidung das Verfahren nicht mehr beeinflussen.

Gleiches gilt etwa ferner, wenn dem Beschuldigten für die mündliche Verhandlung im Haftprüfungsverfahren kein Pflichtverteidiger beigeordnet worden ist, die Beschwerde aber vor dem Ende der Verhandlung noch nicht eingelegt, oder zwar eingelegt, aber noch nicht entschieden worden ist. Da eine Verteidigerbestellung nach § 118a II immer auf die Dauer der mündlichen Verhandlung beschränkt ist, entfällt die in der Nichtbestellung liegende Beschwer für den Beschuldigten mit dem Ende der Verhandlung, so daß also die noch nicht eingelegte Beschwerde unzulässig, die bereits eingelegte aber noch nicht entschiedene Beschwerde gegenstandslos wird.

Ebenso ist auch in den Fällen des § 140 die Beschwerde ausgeschlossen, wenn das Urteil gefällt ist. Denn ändern kann die Beschwerdeentscheidung das Verfahren auch dann nicht mehr. Eine bereits erhobene Beschwerde wird daher mit dem Urteil gegenstandslos; eine neue Beschwerde wäre unzulässig. Geltend gemacht werden kann der Mangel in diesen Fällen nach der Urteilsfällung allerdings mit der Revision, gleichviel, ob bereits Beschwerde eingelegt war oder nicht[9].

5) Soweit die Beschwerde aus den vorstehend genannten Gründen nicht unzulässig ist, können grundsätzlich alle Entscheidungen angefochten werden, die die Bestellung eines Pflichtverteidigers betreffen. Dies gilt sogar für die Bestellung eines Pflichtverteidigers. In der Bestellung als solcher liegt zwar im allgemeinen für keinen der Verfahrensbeteiligten eine Beschwer, so daß die Beschwerde gegen die Bestellung an sich grundsätzlich unzulässig ist, da das Vorliegen einer Beschwer wie bei jedem anderen Rechtsmittel auch bei der

---

8) LR I 2 h zu 304, KMR 1d zu 304, Schwarz StPO 3 zu 304 und 4 D vor 296
9) Schwarz StPO 6 zu 141; vgl. auch unten III

Beschwerde Voraussetzung für die Zulässigkeit ist[10]. Unzulässig ist die Beschwerde sogar dann, wenn der Richter die Voraussetzungen der Notwendigkeit der Verteidigung zu Unrecht bejaht hat. Die Bestellung ist dann zwar unzulässig, da ein Pflichtverteidiger nur bei notwendiger Verteidigung bestellt werden darf. Eine Beschwer liegt aber nicht darin, daß die Bestellung erfolgt ist, ohne daß die Verteidigung notwendig ist. Einmal wird die Stellung des Beschuldigten durch die Beiordnung des Pflichtverteidigers nur verbessert, da einerseits der Beschuldigte dadurch nicht gehindert wird, alles ihm notwendig Erscheinende zu seiner Verteidigung vorzubringen, und da andererseits der rechtskundige Pflichtverteidiger die Rechte des Beschuldigten in jedem Fall besser wahren kann als dieser selbst. Zum anderen wird auch die Stellung der Staatsanwaltschaft nicht beeinträchtigt. Möglicherweise wird zwar ihre Tätigkeit durch die Mitwirkung des Verteidigers erschwert. Betroffen in ihren Rechten und Interessen ist sie aber dennoch keineswegs.
Denn sie hat ja nicht schlechthin auf eine möglichst schnelle und einfache Überführung des Beschuldigten hinzuwirken, sondern nur auf eine auf justizförmigem Wege erzielte und gerechtfertigte Verurteilung. Dabei steht ihr der Verteidiger aber nicht im Wege, wenn er für eine bessere Wahrung der Rechte des Beschuldigten, für die genaue Beachtung der Förmlichkeiten des Verfahrens und eine möglichst sorgfältige Ermittlung der materiellen Wahrheit Sorge trägt[11]. Selbst eine trotz des Fehlens der Notwendigkeit der Verteidigung erfolgte und damit unzulässige Verteidigerbestellung kann also grundsätzlich mangels einer Beschwer nicht mit der Beschwerde angefochten werden[12].

Dennoch ist die Beschwerde gegen eine Bestellung nicht immer ausgeschlossen. Denn eine Beschwer kann sich stets aus der Person des bestellten Pflichtverteidigers ergeben. Die Bestellung eines Verteidigers, der unfähig oder auch nur ungeeignet zur Führung der Verteidigung in der vorliegenden Sache ist, ist stets unzulässig, da der Beschuldigte dann nicht oder nicht genügend verteidigt ist. Die Bestellung eines Pflichtverteidigers kann daher stets durch die Beschwerde angefochten werden mit der Begründung, es sei ein unfähiger oder ein ungeeigneter Pflichtverteidiger bestellt worden.[13]

---

10) LK II 9 zu 304, Schwarz StPO 4 vor 296

11) Aus den gleichen Gründen kann auch ein Nebenkläger nicht beschwert sein, denn trotz des Verlangens nach Genugtuung, das er mit der Nebenklage geltend macht, darf er auch nur auf ein berechtigtes Urteil hinarbeiten.

12) LR III 3a zu 141, KMR 3 zu 141

13) LR III 3a zu 141, KMR 3 zu 141

Beschwert sein kann der Beschuldigte bei einer Bestellung auch, wenn er die Bestellung eines bestimmten Verteidigers vorgeschlagen hatte, diesem Vorschlag dann aber nicht stattgegeben worden ist. Da den Wünschen des Beschuldigten hinsichtlich der Person des Pflichtverteidigers nach Möglichkeit Rechnung zu tragen ist, kann er mit der Beschwerde geltend machen, durch die Auswahl eines anderen Pflichtverteidigers habe der Richter einen Ermessensfehler begangen, durch den er, der Beschuldigte, in seiner Verteidigung beeinträchtigt sei[14].
Auch dann ist die Beschwerde gegen die Bestellung stets zulässig[15].

Dies gilt auch, wenn der Beschuldigte zwar keinen bestimmten Anwalt vorgeschlagen aber doch gebeten hat, ihm einen Anwalt und keinen Referendar zu bestellen, der Richter ihm aber dennoch einen Referendar als Pflichtverteidiger bestellt hat. Der Beschuldigte hat zwar keinen Anspruch auf die Beiordnung eines Rechtsanwalts anstelle eines Referendars. Seinen Wünschen ist aber auch insoweit möglichst Rechnung zu tragen, und daher kann auch in der Auswahl eines Referendars entgegen dem Wunsch des Beschuldigten stets ein Ermessensfehler liegen, zumal die Bestellung eines Referendars anstelle eines Rechtsanwalts immer einen Ermessensfehler darstellen kann[16].

Weiter kann die Bestellung eines Pflichtverteidigers mit der Beschwerde auch immer dann angefochten werden, wenn der Beschuldigte im Zeitpunkt der Bestellung schon einen Wahlverteidiger hatte[17]. Denn der Beschuldigte kann stets behaupten, er sei durch die Bestellung eines Pflichtverteidigers neben dem Wahlverteidiger in seiner Verteidigung beeinträchtigt.

---

14) vgl. oben § 24 I und II

15) KMR 3 zu 141; a.A. LR III 3a zu 141, der in der Auswahl des Verteidigers entgegen dem Wunsch des Beschuldigten keine Rechtsverletzung sieht, da der Beschuldigte keinen Anspruch auf die Bestellung eines bestimmten Verteidigers oder eines Rechtsanwalts anstelle eines Referendars habe; demgegenüber weist KMR aber zu Recht darauf hin, daß es sich insoweit um eine Frage der Begründetheit, nicht der Zulässigkeit handelt, da ein Ermessensfehler stets vorliegen kann

16) vgl. oben § 23 II und § 24 I, II

17) Vorausgesetzt, die Wahl war dem Gericht bekannt, War dies nicht der Fall, wird man die Beschwerde erst dann als zulässig ansehen können, wenn die Bestellung nach der Mitteilung der Wahl nicht zurückgenommen worden ist; denn erst durch die Nichtrücknahme ist der Beschuldigte dann beschwert.

6) Der Beschwerde unterliegt auch jede Entscheidung, durch die ein Antrag oder auch nur eine Anregung zurückgewiesen worden ist. Die Beschwer ergibt sich dann immer bereits aus der Ablehnung.[18]

Anfechtbar mit der Beschwerde ist so einmal jede Entscheidung, durch die die Bestellung eines Pflichtverteidigers abgelehnt oder eine bereits erfolgte Verteidigerbestellung zurückgenommen worden ist[19]. Betroffen ist der Beschuldigte durch eine derartige Entscheidung stets, da ihm dann kein Pflichtverteidiger zur Seite steht.

Zulässig ist die Beschwerde darüberhinaus auch immer, wenn ein Antrag oder eine Anregung auf Auswechslung des Pflichtverteidigers zurückgewiesen worden ist. Dabei ist ohne Bedeutung, ob der Pflichtverteidiger bestellt worden war, ohne daß der Beschuldigte seine Wünsche hinsichtlich der Person des Pflichtverteidigers äußern konnte, ob der Pflichtverteidiger entgegen dem Vorschlag des Beschuldigten ausgewählt worden war oder ob der Beschuldigte mit dem ihm bestellten Pflichtverteidiger zunächst einverstanden war oder ihn sogar selbst vorgeschlagen hatte, dann aber im weiteren Verlauf des Verfahrens Bedenken gegen dessen Mitwirkung bekommen hatte. Denn der Beschuldigte kann jederzeit geltend machen, der ihm bestellte Pflichtverteidiger sei unfähig oder doch ungeeignet zur Führung der Verteidigung und kann dann auch jederzeit die Bestellung eines anderen Pflichtverteidigers beantragen und anregen. Ist daher seinem Wunsch nicht stattgegeben worden, kann er jederzeit Beschwerde einlegen mit der Begründung, der Richter habe einen Ermessensfehler begangen, indem er den Pflichtverteidiger nicht ausgewechselt habe.

Mit der Beschwerde angefochten werden kann ferner auch jede Entscheidung, durch die die Rücknahme der Bestellung abgelehnt worden ist, nachdem der Beschuldigte einen Wahlverteidiger hinzugezogen hatte. Denn durch die gem. § 143 grundsätzlich unzulässige Aufrechterhaltung der Bestellung trotz der Wahl eines Verteidigers kann der Beschuldigte in seiner Verteidigung beeinträchtigt sein, und er kann daher mit dieser Begründung stets Beschwerde erheben[20].

---

18) LR III 3b zu 141, KMR 3 zu 141

19) LR III 3b aa zu 141, Schwarz StPO 6 zu 141

20) Entsprechendes gilt, wenn der Vorsitzende die Rücknahme der Bestellung ablehnt, nachdem ihm die bereits vor der Bestellung ausgeübte Wahl eines Verteidigers bekannt wird.

7) Zulässig ist die Beschwerde im allgemeinen nur gegen ausdrücklich ergangene Entscheidungen. Denn von einer Entscheidung kann in der Regel nur gesprochen werden, wenn ausdrücklich irgendeine Anordnung getroffen wird. Es gibt aber auch stillschweigende Entscheidungen, die der Beschwerde unterliegen. Eine derartige stillschweigende Entscheidung ist jedoch nur anzunehmen, wenn etwas mit Wissen des Gerichts geschieht oder unterbleibt, was an sich einer förmlichen Entscheidung bedürfte, und wenn zudem die Entscheidung im weiteren Fortgang des Verfahrens so deutlich zum Ausdruck kommt, als ob sie wirklich ergangen wäre[21].

So unterliegt etwa die Unterlassung der Bestellung eines Pflichtverteidigers auch dann der Beschwerde, wenn ein Antrag auf Verteidigerbestellung zwar nicht ausdrücklich abgelehnt, ihm aber auch nicht stattgegeben worden ist. Nach dem geltenden Recht ist zwar die Bestellung eines Pflichtverteidigers trotz der großen Anzahl der Fälle notwendiger Verteidigung die Ausnahme. Daher bedarf die Unterlassung der Bestellung im allgemeinen keiner förmlichen Entscheidung. Wird aber ein Antrag auf Verteidigerbestellung gestellt, muß der Vorsitzende über ihn entscheiden. Der Beschuldigte muß wissen, ob ihm ein Pflichtverteidiger beigeordnet wird oder ob er, falls er auf den Beistand eines Verteidigers nicht verzichten will, selbst einen Wahlverteidiger hinzuziehen muß[22]. Ist nun eine förmliche Entscheidung über den Antrag nicht getroffen, dem Beschuldigten aber auch kein Pflichtverteidiger bestellt worden, ist aus der Unterlassung der Bestellung eindeutig zu entnehmen, daß dem Antrag nicht stattgegeben worden ist.

Ähnlich ist die Beschwerde auch dann trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Entscheidung zulässig, wenn der Beschuldigte nach der Bestellung eines Pflichtverteidigers selbst einen Wahlverteidiger hinzugezogen hat, der Richter nach der Anzeige der Wahl aber weder die Bestellung des Pflichtverteidigers zurückgenommen, noch deren Aufrechterhaltung ausdrücklich angeordnet hat. Dabei ist ohne Bedeutung, ob der Richter von sich aus von der Rücknahme abgesehen oder einen entsprechenden Antrag des Beschuldigten zurückgewiesen hat. Da die Bestellung eines Pflichtverteidigers grundsätzlich immer nach der Wahl eines Verteidigers zurückgenommen werden muß, ist aus der Aufrechterhaltung der Bestellung eindeutig zu entnehmen, daß die Rücknahme der Bestellung stillschweigend abgelehnt worden ist. Diese stillschweigende

---

21) KMR Einl. 10 g, 5 vor 33, 2 zu 304, Schwarz StPO Einl. 5 A 1 zu 304, BGH NJW 52, 233, OLG Nürnberg SJZ 49, 703

22) KMR 6 zu 140

Ablehnung ist dann aber genauso wie eine ausdrückliche anfechtbar mit der Begründung, durch die Aufrechterhaltung der Bestellung sei der Beschuldigte in seiner Verteidigung beeinträchtigt.

8) Soweit die Beschwerde gegen die Entscheidungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers zulässig ist, kann sie auch gegen die erst im Verlauf der Hauptverhandlung ergangenen Entscheidungen eingelegt werden, gleichwohl, ob der Vorsitzende sie allein oder ob sie ausnahmsweise das Gericht als solches erlassen hat. Die Beschränkung des § 305 I, die auch für die in der Hauptverhandlung ergehenden Entscheidungen gelten, greifen nicht Platz und auch sonst ist eine weitere gesetzliche Einschränkung nicht ersichtlich. Da zudem der Nachteil, der dem Beschuldigten durch die Versagung des Beschwerderechts zugefügt würde, auch bei den Entscheidungen während der Hauptverhandlung vielfach durch eine Aufhebung des Urteils nicht wieder gutzumachen wäre, können auch die in der Hauptverhandlung ergangenen Entscheidungen mit der Beschwerde angefochten werden, soweit diese überhaupt zulässig ist.[23]

Wird daher sofort gegen eine Entscheidung, die die Bestellung des Pflichtverteidigers betrifft, und die erst in der Hauptverhandlung ergeht, Beschwerde eingelegt, muß das Gericht - sofern es bzw. der Vorsitzende sie nicht für begründet erachtet und ihr deshalb selbst abhilft - sie unverzüglich dem Beschwerdegericht vorlegen. Von der Vorlegung darf das Gericht nicht absehen mit der Begründung, die Erledigung der Beschwerde vor dem Ende der Hauptverhandlung sei nicht möglich[24]. Vielmehr hat das Gericht nach der Einlegung der Beschwerde zu entscheiden, ob eine Unterbrechung oder Aussetzung der Hauptverhandlung erforderlich ist, um den Ausgang des Beschwerdeverfahrens abzuwarten. Dabei hat es abzuwägen, ob das objektiv zu bewertende Verteidigungsinteresse des Beschuldigten einer sofortigen Fortsetzung der Hauptverhandlung entgegensteht oder ob der Grundsatz der möglichst schnellen und ungestörten Durchführung des Verfahrens eine Unterbrechung oder Aussetzung der Verhandlung trotz erhobener Beschwerde verbietet.

Richtet sich die Beschwerde etwa gegen eine Entscheidung, durch die die Bestellung eines Pflichtverteidigers abgelehnt oder eine bereits erfolgte Bestellung zurückgenommen worden ist, muß die Hauptverhandlung in aller Regel bis zum Ende des Beschwerdeverfahrens vertagt werden[25]. Denn in

---

23) LR III 3b aa zu 140; 3c zu 305, Schwarz StPO 6 zu 141, RG 48, 386; 67, 310

24) RG HRR 1939, 276, OLG Bremen NJW 51, 454

25) LR III 2c und III 3b aa zu 141, KMR 6c zu 140, RG 67, 310 (311)

diesem Fall muß dem Angeklagten die Möglichkeit gegeben werden, den Ausgang des Beschwerdeverfahrens abzuwarten. Denn der Nachteil, der dem Beschuldigten durch eine sofortige Fortsetzung der Verhandlung ohne die Mitwirkung eines Pflichtverteidigers zugefügt werden könnte, könnte vielfach nicht mehr ausgeglichen werden. Zumindest muß ihm Gelegenheit geboten werden, selbst einen Wahlverteidiger hinzuzuziehen, und auch hierzu benötigt er Zeit, so daß wenigstens eine Unterbrechung geboten ist.

Richtet sich die Beschwerde dagegen zum Beispiel lediglich gegen die Person des bestellten Pflichtverteidigers und erhebt der Beschuldigte dabei nur allgemeine Einwendungen gegen die Eignung des Verteidigers, wird eine Aussetzung nur selten erforderlich sein, da die Beschwerde vielfach unbegründet sein wird und die Mitwirkung eines Verteidigers ja gesichert ist.

Setzt das Gericht die Hauptverhandlung trotz erhobener Beschwerde fort, berührt diese die Beschwerde grundsätzlich nicht. Mit der Urteilsfällung wird sie allerdings gegenstandslos, da dann auch eine günstige Beschwerdeentscheidung das Verfahren nicht mehr beeinflussen kann.[26]

Wo die Beschwerde zulässig ist, kann sie einmal der Beschuldigte selbst einlegen[27]. Er ist in erster Linie durch die Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers betroffen, da dadurch stets sein Recht auf Verteidigung, insbesondere sein Anspruch auf Beiordnung eines geeigneten Pflichtverteidigers, berührt werden kann[28].

Das Anfechtungsrecht steht darüberhinaus nach § 296 immer der Staatsanwaltschaft offen, nicht aber den übrigen Prozeßbeteiligten wie zum Beispiel dem Nebenkläger, da er ja anders als die Staatsanwaltschaft kein öffentliches Amt ausübt[29].

Auch der Pflichtverteidiger kann die Beschwerde einlegen, nach § 297 allerdings nur für den Beschuldigten und nicht gegen dessen ausdrücklichen Willen. Ein eigenes Beschwerderecht steht dem Pflichtverteidiger darüberhinaus aber grundsätzlich nicht zu, da er im allgemeinen durch die Entscheidungen nicht selbst beschwert ist[30].

Auch der Pflichtverteidiger kann die Beschwerde einlegen, nach § 297 allerdings nur für den Beschuldigten und nicht gegen dessen ausdrücklichen Willen.

---

26) vgl. oben 4)

27) Neben dem Beschuldigten ist auch noch dessen gesetzlicher Vertreter, im Verfahren gegen Jugendliche zudem noch der Erziehungsberechtigte, anfechtungsberechtigt (vgl. § 298 u. § 67 III JGG)

28) LR III 3a zu 141

29) LR III 3a zu 141, Schwarz StPO 3 B zu 296

Ein eigenes Beschwerderecht steht dem Pflichtverteidiger darüberhinaus aber grundsätzlich nicht zu, da er im allgemeinen durch die Entscheidungen nicht selbst beschwert ist[30].

Eine Ausnahme gilt nur in zwei Fällen: Einmal kann ein abberufener Pflichtverteidiger die Rücknahme der Bestellung aus eigenem Recht anfechten. Durch die Bestellung hat er zwar keinen unentziehbaren Anspruch auf die Führung der Verteidigung erworben, sondern kann vielmehr jederzeit, ebenso wie ein Wahlverteidiger, aus dem Verteidigeramt entlassen werden. Durch den in der Rücknahme liegenden Entzug der Möglichkeit, die Verteidigung zu führen, ist er aber dennoch unmittelbar in seinen Interessen betroffen und kann daher gem. § 304 II selbst Beschwerde einlegen.[31]

Anfechten kann ein Pflichtverteidiger aus eigenem Recht weiter eine Entscheidung, durch die sein Antrag auf Aufhebung der Beiordnung aus wichtigem Grund gem. §§ 49 II i.V.m. 48 II BRAO abgelehnt worden ist. Daß er selbst durch diese Entscheidung beschwert ist, ergibt sich bereits aus der Ablehnung.[32]

30) LR III 3a zu 141
31) LR III 3a zu 141, KG JW 32, 1772 (E.v. 20.4.32)
32) Amtl. Begründung zu § 49 BRAO, Kalsbach Komm. 2 zu § 49 BRAO

III. Die Revision

1) In den Fällen der notwendigen Verteidigung, in denen sich die Notwendigkeit auf das ganze Verfahren erstreckt[1], kann eine Nichtbeachtung der Bestimmungen über die notwendige Verteidigung auch die Revision begründen. Da die Revision jedoch stets voraussetzt, daß das Urteil auf einer Rechtsverletzung beruht[2], das Urteil aber immer nur Ergebnis der Hauptverhandlung ist, muß sich der Verstoß in der Hauptverhandlung ausgewirkt haben, damit ein Revisionsgrund bestehen kann[3].

Sind daher die Vorschriften über die notwendige Verteidigung zwar zunächst nicht oder nicht richtig angewendet worden, die dadurch bedingte Prozeßordnungswidrigkeit dann aber noch vor dem Beginn der Hauptverhandlung wieder ausgeglichen worden, kann die Revision nicht mehr auf diesen Verfahrensmangel gestützt werden. So ist beispielsweise kein Revisionsgrund gegeben, wenn die Bestellung eines Pflichtverteidigers in den in § 141 genannten Zeitpunkten unterblieben ist, die Bestellung aber dann noch vor dem Beginn der Hauptverhandlung so rechtzeitig nachgeholt worden ist, daß der Pflichtverteidiger ausreichende Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung hatte. Auf der verspäteten Bestellung kann das Urteil dann nämlich nicht beruhen[4].

2) Mit der Revision gerügt werden kann jede Verletzung der §§ 140ff sowie des § 68 JGG, die auf der Untätigkeit des Vorsitzenden oder des Gerichts beruht, darüberhinaus auch jede, die in deren ausdrücklichen oder stillschweigenden Entscheidungen liegt. Denn der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegen gem. § 336 auch die dem Urteil vorausgehenden Entscheidungen. Dabei ist ohne Bedeutung, ob eine fehlerhafte Entscheidung im Einzelfall schon während des Vorverfahrens oder erst im Hauptverfahren ergangen ist. Da das Urteil aber stets auf der Entscheidung beruhen muß, ist immer erforderlich, daß sie bis zum Urteil weiter gewirkt hat[5]. Hat etwa der Vorsitzende bei notwendiger Verteidigung trotz eines Antrags nach § 141 III 2 die Bestellung eines Pflichtverteidigers abgelehnt, ist eine solche dann aber dennoch noch rechtzeitig vor Beginn der Hauptverhandlung erfolgt, kann die Revision

---

1) also in den Fällen notwendiger Verteidigung nach § 140 und § 68 JGG

2) Auch bei den absoluten Revisionsgründen des § 338, da hier lediglich die unwiderlegbare Vermutung aufgestellt wird, daß das Urteil auf dem festgestellten Verfahrensmangel beruht.

3) LK II 2a zu 140, LR III 3b zu 141

4) LK II 2a zu 140

5) Schwarz StPO 2 zu 336

auf die fehlerhafte Ablehnung nicht mehr gestützt werden, da sie nicht bis zum Urteil weiter gewirkt hat. Ist dagegen ein Antrag des Beschuldigten auf Rücknahme der Bestellung eines unfähigen Pflichtverteidigers abgelehnt worden, kann diese Entscheidung mit der Revision angefochten werden, wenn dem Beschuldigten für die Hauptverhandlung kein anderer Pflichtverteidiger beigeordnet worden ist.

3) Eine auf einem Verstoß gegen die §§ 140 ff und § 68 JGG gestützte Revision ist auch dann zulässig, wenn der Vorsitzende die fehlerhafte Entscheidung erst in der Hauptverhandlung erlassen hat, der Angeklagte sie aber nicht gem. § 238 II beanstandet hat.

Nach der herrschenden Meinung verwirkt der Beschuldigte zwar das Recht zur Verfahrensrüge, wenn er gegen eine sachleitende Maßnahme des Vorsitzenden nicht die Entscheidung des Gerichts anruft, vorausgesetzt allerdings, daß er die Möglichkeit der Beanstandung nach § 238 II kennt[6]. Dies kann aber nicht gelten, wenn dem Beschuldigten entgegen den Bestimmungen der §§ 140 und 68 JGG die Bestellung eines geeigneten Pflichtverteidigers verweigert wird. Das Recht des Beschuldigten auf Mitwirkung eines Verteidigers am Verfahren ist bei notwendiger Verteidigung seiner Dispositionsbefugnis entzogen. Der Grundsatz der Verwirkung muß aber dort seine Grenze finden, wo eine sachleitende Maßnahme des Vorsitzenden gegen ein unverzichtbares prozessuales Recht verstößt. Denn es kann keinesfalls angenommen werden, daß bei den Verfahrensnormen, auf deren Einhaltung nicht einmal bewußt verzichtet werden kann, eine Verwirkung möglich ist[7].

In Betracht kommen wird eine Verwirkung der Verfahrensrüge allenfalls gegen die in der Hauptverhandlung ergangenen und nicht beanstandeten Entscheidungen des Vorsitzenden, die lediglich einem Wunsch des Angeklagten hinsichtlich der Person des Pflichtverteidigers nicht entsprechen, die aber im übrigen die Mitwirkung eines geeigneten Verteidigers sichern. Denn ein unverzichtbares Recht auf einen von ihm selbst gewählten Pflichtverteidiger steht dem Angeklagten keinesfalls zu. Voraussetzung einer Verwirkung ist aber auch hier stets, daß der Angeklagte sich der Regelung des § 238 II bewußt ist, daß er also, sofern er nicht selbst ausnahmsweise rechtskundig ist, über sein Beanstandungsrecht belehrt worden ist. Die wohl herrschende Meinung

---

6) LK II 29 und 30 zu 238. KMR 5 zu 238, Niese JZ 53, 221, Fuhrmann NJW 63, 1230, RG 71, 21 (23); JW 31, 956, BGH 1, 322 (325); 3, 368 (369)

7) KMR 5b zu 238, Fuhrmann NJW 63, 1230 (1234)

verlangt eine Belehrung als Voraussetzung der Verwirkung zwar nur, wenn der Angeklagte keinen Verteidiger hat[8], während in den hier in Frage stehenden Fällen ja immer ein Pflichtverteidiger vorhanden ist, sei es, daß dem Angeklagten in der Hauptverhandlung ein anderer als der von ihm vorgeschlagene Pflichtverteidiger beigeordnet wird, sei es, daß einem Antrag des Angeklagten auf Auswechslung des Pflichtverteidigers nicht oder nicht entsprechend dessen Vorschlag stattgegeben wird. Dennoch ist auch hier zu verlangen, daß der Vorsitzende den Angeklagten selbst belehrt. Denn in aller Regel wird der Pflichtverteidiger - sei es ein neu bestellter oder ein im Amt verbliebener - eine Beanstandung der Entscheidung des Vorsitzenden nicht ins Auge fassen und den Angeklagten auch nicht über diese Möglichkeit belehren. Verständlicherweise wird er nämlich wohl kaum die Meinung des Angeklagten teilen und sich selbst als ungeeignet ansehen. Der Grund dafür, daß bei einem verteidigten Angeklagten eine Belehrung über das Beanstandungsrecht nicht als Voraussetzung der Verwirkung angesehen wird, ist aber allein, daß dann der Verteidiger die Entscheidung beanstanden oder den Angeklagten auf diese Möglichkeit hinweisen kann. Dieser Grund trifft aber nicht zu, wenn der Verteidiger keinen Anlaß zur Beanstandung hat, weil die Vorbehalte des Angeklagten sich gegen ihn selbst richten. Ist daher eine Belehrung des Angeklagten unterblieben, und dieser auch nicht selbst rechtskundig, können trotz der fehlenden Beanstandung auch die Entscheidungen des Vorsitzenden, die allein die Person des Pflichtverteidigers betreffen und in der Hauptverhandlung ergangen sind, mit der Revision angefochten werden. Eine Verwirkung der Verfahrensrüge ist dagegen bei derartigen Entscheidungen möglich, wenn der Angeklagte trotz Belehrung bzw. eigener Rechtskenntnisse auf eine Beanstandung verzichtet hat.

4) Der notwendige Verteidiger gehört zu den Personen, deren ständige Anwesenheit in der Hauptverhandlung erforderlich ist[9]. Fehlt daher ein bestellter Pflichtverteidiger, der ja grundsätzlich notwendiger Verteidiger ist[10], auch

---

8) KMR 4c zu 238, LK II 30 zu 238, Niese NJ 53, 221; s. a. Fuhrmann NJW 63, 1230 (1235), der auf ein schuldhaftes Nichtausüben des Beanstandungsrechts abstellt.

9) vgl. oben § 13 II ff

10) Ein Pflichtverteidiger, der trotz fehlender Notwendigkeit der Verteidigung bestellt worden war, ist zwar kein notwendiger Verteidiger, muß aber ebenfalls ständig in der Hauptverhandlung anwesend sein, da durch die Bestellung ein Anspruch des Angeklagten auf Mitwirkung eines Verteidigers begründet worden ist, der erst entfällt, wenn die Bestellung zurückgenommen worden

Fortsetzg. siehe Seite 251, unten

nur in einem Teil der Verhandlung, ist im allgemeinen der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 gegeben[11]. Davon gelten jedoch zwei Ausnahmen: § 338 Nr. 5 greift einmal nicht Platz, wenn der Teil der Hauptverhandlung, in dem der Verteidiger gefehlt hat, in dessen Anwesenheit wiederholt worden ist. Denn durch die Wiederholung ist der durch das Fehlen des Verteidigers bedingte Verfahrensmangel entfallen, da der Verteidiger dann an der ganzen Hauptverhandlung mitgewirkt hat[12]. Zum anderen trifft § 338 Nr. 5 nicht zu, wenn der Verteidiger während oder nach der Rechtsmittelbelehrung abwesend war. Da die Rechtsmittelbelehrung erst nach dem Abschluß der Urteilsverkündung erfolgt, ist ausgeschlossen, daß das Urteil auf dem Fehlen des Verteidigers beruhen kann. § 338 Nr. 5 kann aber nur dann zur Anwendung kommen, wenn überhaupt denkbar ist, daß die Abwesenheit des Verteidigers sich auf das Urteil ausgewirkt hat. Als Folge des Fehlens des Verteidigers während oder nach der Rechtsmittelbelehrung kann daher nur die Nichtigkeit der Erklärung angenommen werden, durch die der Verurteilte ohne Beratung mit seinem Verteidiger auf ein Rechtsmittel verzichtet hat.[13]

§ 338 Nr. 5 ist ebenfalls gegeben, wenn bei notwendiger Verteidigung zwar während der ganzen Hauptverhandlung ein Verteidiger anwesend war, dieser aber unfähig zur Führung der Verteidigung war[14]. Denn der Beschuldigte ist als verteidigungslos anzusehen, wenn ihm nur ein unfähiger Verteidiger zur Seite steht. Erforderlich ist aber nicht nur die Anwesenheit eines Verteidigers, sondern seine Mitwirkung.

Aus dem gleichen Grunde ist § 338 Nr. 5 auch dann gegeben, wenn ein Verteidiger zwar während der ganzen Hauptverhandlung anwesend ist, die Verteidigung aber nicht führt. Denn auch dann ist der Beschuldigte nicht verteidigt.

Fortsetzg. der Fußn. 10) von Seite 250:
(vgl. oben § 19 II 3). Fehlt er daher in der Hauptverhandlung, trifft § 338 Nr.5 ebenfalls zu; a.A. KMR 3 zu 140, wonach die Abwesenheit eines bestellten Pflichtverteidigers bei fehlender Notwendigkeit unschädlich ist. Dies würde aber dazu führen, daß ein Angeklagter, der auf die Bestellung vertraut, möglicherweise unverteidigt bleibt.

11) LK II 2 zu 140; 21 zu 338, LR III 8b bb zu 141; 12 zu 338, KMR 3 zu 140; 6e und f zu 338, RG 52, 181; 53, 171; 57, 265; 63, 249, 67, 3 (12); BGH 9, 243 (244); LM Nr. 7 zu § 338 StPO

12) LR 5c zu 145, KMR 2b zu 145, RG 38, 216 (217); 44, 16 (18/9); 53, 170

13) vgl. oben § 13 II 6) (insb. Anm. 7) BGH NJW 63, 963 und 2236

14) LR 13d zu 338, RG HRR 1940, 344 (hinsichtlich eines erkrankten Verteidigers)

Der Abwesenheit eines bestellten Pflichtverteidigers steht weiter auch eine Nichtbestellung gleich.[15] § 338 Nr. 5 greift also auch dann Platz, wenn eine Bestellung unterblieben, ein Antrag auf Bestellung abgelehnt oder eine bereits erfolgte Verteidigerbestellung zu Unrecht zurückgenommen worden ist, obwohl die Verteidigung notwendig war.

Dies gilt auch, wenn die Verteidigung nach § 140 II notwendig war. In Lehre und Rechtsprechung ist zwar umstritten, ob der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 gegeben ist, wenn bei notwendiger Verteidigung nach § 140 II die Hauptverhandlung durchgeführt wird, ohne daß dem Angeklagten ein Pflichtverteidiger bestellt worden ist[16]. Auf diesen Meinungsstreit braucht hier jedoch nicht eingegangen zu werden. Er geht zurück auf die bereits abgelehnte Auffassung, die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 140 II stehe im Ermessen des Vorsitzenden. Von diesem Ausgangspunkt her wurde teilweise die Ansicht vertreten, die Verteidigung nach § 140 II werde erst mit der richterlichen Feststellung notwendig und daher könne bei einer Nichtbestellung nur ein nach § 337 zu beurteilender Verstoß gegen § 140 II vorliegen oder allenfalls der Revisionsgrund des § 338 Nr. 8, falls eine ausdrückliche Entscheidung des Gerichts in der Hauptverhandlung ergangen sei. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei der Entscheidung des Vorsitzenden über die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 140 II aber nicht um eine grundsätzlich irrevisible Ermessensentscheidung, die der Nachprüfung des Revisionsgerichts nur dahingehend unterliegt, ob das Ermessen überhaupt ausgeübt oder ob die Grenzen des Ermessens überschritten worden sind.[17] Wie dargelegt, handelt es sich bei der Entscheidung vielmehr um Gesetzesanwendung. Damit kann aber auch nicht maßgebend sein, ob der Vorsitzende die Bestellung nach § 140 II geprüft hat oder nicht und ob er einen Antrag des Beschuldigten beschieden hat oder nicht. Entscheidend ist vielmehr allein, ob die Voraussetzungen des § 140 II gegeben sind und ob die Verteidigung daher notwendig ist. Das Revisionsgericht hat daher auf eine entsprechende Rüge hin lediglich zu prüfen, ob die Verteidigung nach § 140 II notwendig ist und ob ein Verteidiger mitgewirkt hat.

---

15) Dalcke 7 zu 338, RG 70, 317 (320)

16) § 338 Nr.5 bejahen: KMR 5 zu 140, LK II 30 zu 140, BGH LM Nr. 16 und Nr. 26 (mit Anm. Hengsberger) zu § 140 StPO, OLG Hamm NJW 51, 614; 57, 1530, OLG Bremen NJW 55, 1530; a.A. LR III 8 b bb zu 140, RG 68, 36; 74, 305, BGH 6, 202, OLG Düsseldorf SJZ 50, 59, so auch noch KMR 4. Aufl. 6c zu 338

17) BGH NJW 53, 116 und LM Nr. 16 zu § 140 StPO

Kommt es dabei zu dem Ergebnis, daß die Voraussetzungen des § 140 II gegeben sind, dem Beschuldigten aber kein oder kein fähiger Verteidiger bestellt, eine bereits erfolgte Verteidigerbestellung zurückgenommen worden ist oder daß der Verteidiger nicht ständig anwesend gewesen ist, muß es das Urteil nach § 338 Nr. 5 wegen eines Verstoßes gegen §§ 140 II aufheben. Da ein Antrag des Beschuldigten nicht Voraussetzung der Notwendigkeit der Verteidigung nach § 140 II ist, der Vorsitzende vielmehr stets von Amts wegen für die Mitwirkung eines Verteidigers Sorge zu tragen hat, ist dabei auch gleichgültig, ob der Vorsitzende die Frage der Bestellung überhaupt geprüft, ob er einen Antrag des Beschuldigten abgelehnt oder ob er über einen solchen nicht entschieden hatte.

Da den Vorsitzenden bei der Entscheidung gem. § 140 II auch kein Beurteilungsspielraum verbleibt, ist das Revisionsgericht bei der Überprüfung grundsätzlich auch in keiner Weise beschränkt.[18] Im allgemeinen stehen dem Revisionsgericht nämlich dieselben Erkenntnismittel zur Verfügung, anhand deren auch der Tatrichter über die Bestellung entscheidet. Denn auch der Tatrichter entscheidet meist über die Bestellung nicht aus unmittelbarer eigener Anschauung, sondern auf Grund der Anklageschrift und des sonstigen Akteninhalts, da er die Bestellung in aller Regel vor dem Beginn der Hauptverhandlung prüft, also zu einem Zeitpunkt, in dem er den Beschuldigten nicht persönlich kennt und in dem die Vorgänge der Hauptverhandlung naturgemäß noch keine Rolle spielen können.

Allenfalls in Grenzfällen kann sich für die revisionsgerichtliche Nachprüfung eine praktische Grenze ergeben, weil dem Tatrichter bessere Erkenntnismöglichkeiten als dem Revisionsgericht zur Verfügung stehen. So kann der persönliche Eindruck, den der Vorsitzende zum Beispiel hinsichtlich der Schwerhörigkeit des Beschuldigten hat, für die Beurteilung der Verteidigungsfähigkeit entscheidend sein.[19] Ansonsten sind der Nachprüfung des Revisionsgerichts aber niemals Grenzen gesetzt, da es sich bei der Entscheidung gem. § 140 II um Gesetzesanwendung handelt, die das Revisionsgericht auf eine entsprechende Rüge hin stets in vollem Umfang zu überprüfen hat.[20]

18) Warda S. 80 f.; ebenso auch Kappe GA 60, 357 (372), der zwar einen Beurteilungsspielraum des Tatrichters für möglich hält (S. 370), das Revisionsgericht aber zur völligen Überprüfung als berechtigt ansieht, da es die Grenzen der Nachprüfung selbst bestimmen könne.

19) Kappe GA 60, 357 (372); zustimmend auch Warda S. 80 f (insbesondere S. 81 Anm. 228)

20) Warda S. 81

5) Bei einer Verletzung der §§ 140 ff und des § 68 JGG kann neben und außer dem absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 auch der des § 338 Nr. 8 gegeben sein. Voraussetzung ist aber stets, daß der Verstoß in einem in der Hauptverhandlung ergangenen Beschluß des Gerichts[21] enthalten ist und daß die Verteidigung durch diesen Beschluß in einem wesentlichen Punkt[22] beschränkt worden ist. An die Förmlichkeit des Beschlusses sind allerdings keine überspannten Anforderungen zu stellen, so daß auch in einer stillschweigenden Ablehnung oder Übergehung eines Antrags ein Gerichtsbeschluß im Sinne des § 338 Nr. 8 gesehen werden kann[23].

Begründet ist die Revision gem. § 338 Nr. 8 etwa dann, wenn ein unverteidigter Angeklagter eine Verfügung des Vorsitzenden, durch die trotz notwendiger Verteidigung die Bestellung eines Pflichtverteidigers abgelehnt worden war, gem. § 238 II beanstandet hatte, das Gericht aber ebenfalls eine Beiordnung abgelehnt oder über die Beanstandung garnicht entschieden hatte. Der Angeklagte ist dann durch die Ablehnung oder die Übergehung seines Antrags mit Sicherheit in einem wesentlichen Punkt in seiner Verteidigung beeinträchtigt, da ihm trotz notwendiger Verteidigung kein Verteidiger zur Seite steht. Neben § 338 Nr. 5, der in einem derartigen Fall stets gegeben ist, trifft auch § 338 Nr. 8 zu.

Ebenfalls gegeben ist der Revisionsgrund des § 338 Nr. 8 etwa auch dann, wenn das Gericht einen Antrag eines erst bei Beginn oder während der Hauptverhandlung bestellten Pflichtverteidigers auf Aussetzung der Hauptverhandlung ausdrücklich abgelehnt oder über ihn garnicht entschieden und die Hauptverhandlung ohne Unterbrechung fortgesetzt hatte. Denn auch dann ist der Angeklagte in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt in seiner Verteidigung beeinträchtigt, da nur ein vorbereiteter Verteidiger die Verteidigung ordnungsgemäß führen kann.

§ 338 Nr. 8 trifft ferner auch etwa zu, wenn das Gericht zwar zu Recht eine Verteidigerbestellung abgelehnt oder die Rücknahme einer bereits erfolgten Verteidigerbestellung gebilligt hatte, dann aber einen Antrag des Angeklagten auf Aussetzung oder Unterbrechung der Verhandlung zur Wahl eines Verteidigers zurückgewiesen oder ihn garnicht beschieden hat[24]. Eine Beeinträchtigung der Verteidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen

21) Ein außerhalb der Hauptverhandlung ergangener Gerichtsbeschluß genügt also ebensowenig wie eine vor oder während der Hauptverhandlung ergangene Verfügung des Vorsitzenden (LK II 36 zu 338, LR 17 zu 338, KMR 9a zu 338, BayObLGSt 1949/51 S. 347 (348))

22) bis 24) siehe Seite 255, unten

Punkt liegt dann auch vor, da dem Angeklagten nicht genügend Zeit zur Beauftragung eines Wahlverteidigers gelassen und er damit in seinem Recht auf freie Wahl eines Verteidigers beschränkt worden ist.

6) Bei jedem Verstoß gegen die §§ 140 ff kann die Revision letztlich auch nach § 337 begründet sein. Voraussetzung ist aber stets nicht nur, daß eine Gesetzesverletzung vorliegt, sondern auch, daß das Urteil auf ihr beruht. Es muß also die Möglichkeit eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Gesetzesverletzung und dem Urteil bestehen, und zwar dergestalt, daß ohne die Gesetzesverletzung möglicherweise anders entschieden worden wäre[25]. Ob ein solcher Zusammenhang besteht, richtet sich stets nach den Umständen des Einzelfalls[26].

Begründet sein kann die Revision danach zum Beispiel dann, wenn ein ungeeigneter Pflichtverteidiger bestellt worden war oder aber die Bestellung eines geeigneten Verteidigers erst unmittelbar vor oder sogar erst beim Beginn der Hauptverhandlung erfolgt ist und dieser daher nicht ausreichend vorbereitet war[27]. Erforderlich ist nämlich bei notwendiger Verteidigung nicht nur die Anwesenheit eines Verteidigers, sondern die Mitwirkung eines der Sache gewachsenen und ausreichend vorbereiteten Verteidigers. War daher ein solcher nicht vorhanden und besteht die Möglichkeit, daß bei der Mitwirkung eines solchen das Urteil anders ausgefallen wäre, ist einer Revision gem. § 337 stattzugeben.

---

22) § 338 Nr. 8 ist kein richtiger absoluter Revisionsgrund, da er die Beschränkung der Verteidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt verlangt, also indirekt eine Beruhensprüfung fordert. Damit nähert er sich dem relativen Revisionsgrund des § 337 stark an. Große praktische Bedeutung kommt ihm daher neben § 338 Nr. 1 bis 7 und § 337 nicht zu (LK II 35 und 38 zu 338, LR 16 zu 338, KMR 9 zu 338; siehe vor allem auch Fuhrmann JR 62, 321 ff)

23) LK II 37 zu 338, KMR 9a zu 338, Schwarz StPO 9 zu 338, RG 57, 261 (263)

24) LR III 3b bb zu 141, KMR 9c zu 338, OLG Düsseldorf SJZ 50, 59

25) siehe dazu ausführlich Strack SJZ 49, 836, BGH NJW 51, 206

26) RG 42, 105

27) LK II 2a und 3 zu 140; RG 77, 153 (hinsichtlich eines Pflichtverteidigers, der erst kurz vor der Hauptverhandlung bestellt worden war)

Begründet sein kann die Revision nach § 337 etwa auch dann, wenn die Bestellung eines Pflichtverteidigers nicht zurückgenommen worden ist, nachdem der Beschuldigte einen Wahlverteidiger hinzugezogen hatte. Es muß aber auch dann die Möglichkeit bestehen, daß das Urteil anders ausgefallen wäre, wenn die Rücknahme erfolgt wäre.

7) Ist die Revision begründet, muß stets das ganze Urteil aufgehoben werden, auch wenn mehrere Delikte angeklagt sind, von denen nur ein Teil die Notwendigkeit der Verteidigung begründet[28]. Denn durch die Verbindung ist eine einheitliche Sache entstanden, auf die sich die Notwendigkeit ganz erstreckt[29].

Eine Ausnahme kann auch nicht gelten, wenn der Verstoß nur eines von mehreren Delikten berührt, etwa der Verteidiger nur bei der Beweisaufnahme hinsichtlich eines Delikts, das die Verteidigung an sich nicht nowendig macht, abwesend gewesen ist. Denn auch aus dieser Beweisaufnahme ergeben sich Gesichtspunkte, die das ganze Urteil beeinflussen, da sie zumindest zu dem Gesamtbild des Angeklagten beiträgt. Eine Aufhebung des Urteils, die auf die übrigen Delikte beschränkt ist, ist daher nicht möglich[30].

---

28) LR 3b bb zu 141, 8b bb zu 145, KMR 3 zu 140. RG 68, 898; 70, 317, BGH GA 1959, 55, OLG Celle Nds. Rpfl. 50, 96

29) vgl. oben § 18

30) a.A. LR 8b bb zu 145, RG 44, 19

LEBENSLAUF

Am 11. März 1940 wurde ich als zweiter und zugleich letzter Sohn des damaligen Oberreichsbahnrats Friedrich Schmidt und seiner Frau Irmgard, geb. Leibbrand, in Potsdam geboren.

Anfang 1942 folgte meine Mutter mit meinem Bruder und mir meinem Vater, der nach Riga versetzt war. Bereits im Spätsommer 1944 mußten wir jedoch infolge der Kriegsereignisse meinen Vater wieder verlassen. Nach einem nur wenige Monate dauernden Aufenthalt in meiner Geburtsstadt führte uns unsere Flucht weiter nach Betzingen, einem kleinen Ort bei Reutlingen. Im Sommer 1946 zogen wir nach der Rückkehr meines Vaters um nach Dortmund.

In Dortmund wurde ich dann Ende 1946 eingeschult. Ostern 1950 trat ich in das Staatliche Altsprachliche Gymnasium zu Dortmund ein, an dem ich im Frühjahr 1959 dann auch das Abitur bestand.

Im Sommersemester 1959 begann ich an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen das Studium der Rechtswissenschaft, wechselte aber schon bald an die Ludwig-Maximilians-Universität in München über. Im Frühjahr 1964 legte ich in München die erste juristische Staatsprüfung ab.

Seit dem 2. 11. 1964 bin ich im Bezirk des Oberlandesgerichts München und dem der Regierung von Oberbayern als Referendar tätig. Während dieser Zeit besuchte ich im Rahmen des Vorbereitungsdienstes für das Sommersemester 1966 die Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer.